2. Ex.

Gesammelte Aufsätze

aus den

Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts

von

Rudolph von Jhering,
Geh. Justizrath und Professor des römischen Rechts in Göttingen.

Erster Band,

enthaltend die

Abhandlungen aus den vier ersten Bänden der Jahrbücher.

Jena,
Verlag von Gustav Fischer.
1881.

Gesammelte Aufsätze

aus den

Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts

von

Rudolph von Jhering.

[illegible]

Erster Band.

[illegible]

[illegible]

Jena.

[illegible]

[illegible]

Vorrede.

Ich übergebe dem Publikum hiermit den ersten Band meiner gesammelten Abhandlungen aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, welcher meine Beiträge zu den vier ersten Bänden der Zeitschrift enthält, und dem noch im Lauf dieses Jahres der zweite folgen soll, welcher die der folgenden Bände bringen wird. Der Umstand, daß die ersten Bände der Jahrbücher bereits seit einer Reihe von Jahren vergriffen waren, während die späteren Bände in stärkerer Auflage abgezogen sind, hatte die Verlagshandlung auf den Gedanken gebracht, einen neuen Abdruck derselben zu veranstalten, um den später hinzugetretenen Abonnenten die Möglichkeit einer Ergänzung ihrer Exemplare zu bieten. Sie hat jedoch später diesen Plan fallen lassen und es vorgezogen, lediglich einen Abdruck von meinen in den Jahrbüchern enthaltenen Abhandlungen zu veranstalten, denselben aber auch auf die in den späteren Bänden erschienenen auszudehnen. Auf mehr als einen bloßen Abdruck war es ihr dabei nicht abgesehen. Ich meinerseits beabsichtigte anfänglich, diese Gelegenheit zu benutzen, um meinen früheren Arbeiten die entsprechenden Nachträge und Aenderungen zu geben und insbesondere die spätere Literatur zu benutzen, und ich hatte bereits mit der ersten und zweiten Abhandlung begonnen. Während der Arbeit aber überzeugte ich mich, daß ich damit etwas übernommen habe, was ich nicht würde durchführen können, ohne Aufgaben, denen, wie ich glaube, in erster Linie meine Zeit

und Arbeitskraft gebührt, in erheblichster Weise zu verkürzen, und so bin ich zu dem mir von der Verlagshandlung unterbreiteten Plan eines bloßen Abdrucks zurückgekehrt. Abgesehen von der ersten Abhandlung, an der ich einige stilistische Aenderungen getroffen, deren Nichtberücksichtigung ich dem Setzer nicht aufgegeben hatte, sind sämmtliche andere unverändert abgedruckt, selbst in Bezug auf die Citate aus Werken, von denen später neuere Auflagen erschienen sind, da die Verfasser derselben ihre Ansichten zum Theil nicht unerheblich geändert haben, so daß also das revidirte Citat für die Ansicht, für welche ich das ursprüngliche in Bezug genommen hatte, gar nicht mehr gepaßt haben würde. Hätte ich hier ändern wollen, so wäre ich in die Lage gekommen, der ich mich aus dem obigen Grunde entziehen wollte, auf die neuere Literatur einzugehen, und es wäre prinziplos gewesen, sie an der einen Stelle zu berücksichtigen, an der andern zu ignoriren. Nur in Bezug auf unser deutsches Handelsgesetzbuch habe ich eine Ausnahme gemacht, indem ich an Stellen, an denen ich vor dem Erscheinen desselben den Entwurf desselben citirt hatte, das inzwischen möglich gewordene Citat des Gesetzbuches selber dafür an die Stelle gesetzt habe.

Es ist durch Angabe des Bandes und der Seitenzahl der Jahrbücher am Rande der Seite die Veranstaltung getroffen, daß der Besitzer dieser Sammlung, die Citate meiner Abhandlungen nach den Jahrbüchern sofort constatiren und seinerseits dieselben in gleicher Weise citiren kann, um welches letztere ich jeden Besitzer dieser Sammlung im Interesse der Besitzer der Jahrbücher, um ihnen die Auffindung eines Citates nicht nutzlos zu erschweren, dringend gebeten haben möchte.

Göttingen, 6. März 1881.

Rudolph von Jhering.

Inhalt.

Erster Band
(1857).

I. Unsere Aufgabe.

In unserer an juristischen Zeitschriften so reichen Zeit die Zahl derselben noch um eine zu vermehren, mag Manchem als ein ebenso überflüssiges wie aussichtsloses Unternehmen erscheinen. Dies Urtheil würde vollkommen gerechtfertigt sein, wenn die neue Concurrentin die Tendenz der bereits vorhandenen theilen sollte, es wird aber, wenigstens so weit es die Ueberflüssigkeit unseres Unternehmens betrifft, zurückgenommen werden müssen, wenn sich zeigen läßt, wie ich dies im Nachfolgenden versuchen werde, daß für uns in jener Zeitschriften-Literatur nicht bloß ein bescheidenes Plätzchen, sondern ein breiter Raum übrig geblieben ist — breiter, als daß wir hoffen könnten, ihn auszufüllen. I. Jahrg. Bd. I. S. 1.

Noch vor nicht langer Zeit glaubte man die Aufgabe, um die es sich in der Jurisprudenz handelte, sowie den Gegensatz, der durch sie hervorgerufen, in die Formel „historisch" und „nicht-historisch" fassen zu können. Und in der That! als sich vor einigen Jahrzehnten die beiden Koryphäen der historischen Schule auf dem Gebiete des römischen und deutschen Rechts Savigny und Eichhorn zu einem Bunde zusammenthaten, galt es diesen S. 2. Gegensatz. Seitdem aber die Richtung, für welche sie in die Schranken traten, in kurzer Zeit die herrschende und in dem Maß die herrschende geworden ist, daß es jenen Gegensatz überall nicht

I. Jahrg. Bd. I. mehr gibt, seitdem ist die Aufgabe eine andere geworden; ein neuer Gegensatz und ein neuer Kampf steht in Aussicht. Daß sich innerhalb der Jurisprudenz in der That etwas Neues vorbereitet, dieser Wahrnehmung, meine ich, wird sich selbst der nicht verschließen können, der dies Neue keineswegs für etwas Gutes hält. Daß dies Neue sich bis jetzt mehr durch ein oft unklares Streben, selbst ein wildes Drängen und Wogen, als durch Leistungen angekündigt hat, will ich nicht in Abrede stellen. Auch in der Wissenschaft pflegt, wenn ein frischer Wind aufkömmt, der Staub aufzuwirbeln, und wie viele es auch geben mag, die sich darüber die Augen reiben, so möge uns doch die Erwägung trösten, daß der Staub bald wieder zu Boden sinkt, und eine Sturm- und Drangperiode am wenigsten auf dem Gebiet der Jurisprudenz von langer Dauer sein kann [1]. Auch das vorige Jahrhundert hatte seine Sturm- und Drangperiode in der Jurisprudenz; es war die Zeit
S. 3. des Thomasius, eine Zeit, in der es mächtig wogte in den Gemüthern, wo man es für rühmlich und nöthig hielt, mit der Ueberlieferung zu brechen und der „Aufklärung" freies Spiel zu lassen. Welche Flachheit kam damals zum Vorschein! Wie trivial und nüchtern war trotz aller tiefeingreifenden Neuerungen, die sich in Leben und Wissenschaft an seinen Namen knüpfen, Thomasius selbst, wie brüstete sich da das Unvermögen, und wie hielt sich Jeder zum Reformator berufen, der die Feder führen konnte! Und dennoch, trotz der unglaublichen Summe von Oberflächlichkeit und

---

1) Ein Leipziger Kritiker meines Werkes über den Geist des röm. Rechts (Kunze), der in der Annahme einer bevorstehenden neuen Epoche in der Jurisprudenz mit mir übereinstimmt, sieht sogar statt des bloßen Windes, mit dem ich mich begnüge, einen förmlichen Sturm im Anzuge und hat eine eigene Klasse von „Sturmvögeln" aufgestellt, unter die er auch mich zu versetzen die Güte gehabt hat. Seit dem Erscheinen seines Buches über die Obligation, auf das ich unten zurückkommen werde, ist mir allerdings das Bedürfniß der Aufstellung einer derartigen civilistischen Vögelgattung klar geworden, zugleich aber auch, daß ich keine ausreichenden Ansprüche auf die Ehre habe, dieser Klasse anzugehören, weßhalb ich ihm meinen Platz mit dem Vorschlage, ihn selber einzunehmen, zur Disposition stelle.

Abgeschmacktheit, die diese Zeit zu Tage förderte und in der sie es I. Jahrg. Bd. I.
wohl jeder anderen zuvorgethan hat, es arbeitete sich ein wirklicher Kern heraus, Gesetzgebung und Wissenschaft standen noch lange unter den, wenn auch nicht immerhin gerade heilsamen Einflüssen dieser Periode, und mehr als ein Zweig der Jurisprudenz datirt seine selbständige Existenz erst von jener Zeit an.

Was ist es denn, das augenblicklich in unserer Wissenschaft gährt und drängt? Können wir uns darüber schon jetzt klar werden, können wir das Ziel, dem die Bewegung zustrebt, bereits erkennen, wenn auch in noch so weiter Ferne, oder sind wir noch auf ein blindes Suchen und Umhertappen angewiesen? Ich glaube: ersteres, ja ich meine, das Ziel läßt sich bereits mit wenig Worten bezeichnen. In all' unserem Suchen und Streben, so verschiedenartig es im Uebrigen auch sein mag, regt sich doch Eine bewegende Kraft, Ein Gedanke, der Gedanke nämlich, daß die Wissenschaft nicht auf ein bloß receptives Verhalten gegenüber dem historischen Stoff angewiesen, sondern das Recht und den Beruf zur productiven Gestaltung hat, und sollte ich den Gegensatz, um den es sich meiner Meinung nach von jetzt an handeln wird, in eine Formel bringen, ich könnte ihn nicht anders S. 4.
fassen, als: receptive und productive Jurisprudenz. Obgleich die gegenwärtige Betrachtung lediglich die Dogmatik zum Gegenstande hat, so ist doch der Gegensatz selbst nicht auf sie beschränkt, er trifft ebensowohl die Rechtsgeschichte, wenngleich der gewählte Name für letztere weniger passend erscheinen dürfte.

Auch bei ihr aber kann man von einem rein receptiven Verhalten gegenüber dem historischen Stoff reden. Es besteht darin, daß der Rechtshistoriker sich bei der Form, in der die rechtshistorischen Ereignisse in der Geschichte auftreten, beruhigt. Damit muß natürlich jede rechtshistorische Forschung zunächst beginnen, und wenn ich behaupte, daß die Behandlung der Rechtsgeschichte von Seiten der historischen Schule vorzugsweise diesen Charakter an sich trägt, so beabsichtige ich damit keinen Vorwurf auszusprechen, sondern ich erkenne jene Beschränkung als durchaus

I. Jahrg. Bd. I. berechtigt an. Niemand kann mehr als ich selbst es ihr Dank wissen, da mein in dem oben genannten Werke gemachter Versuch, mich von dieser Weise loszusagen, nur auf dem soliden Grundbau, den die Rechtsgeschichte durch jene Richtung gelegt hatte, denkbar war. Aber eben so sehr habe ich auch die Ueberzeugung, daß das, was sich für *sie* ziemte, nicht mehr für uns ziemt, daß vielmehr, nachdem *sie* jene Aufgabe im Wesentlichen gelöst hat, die Wissenschaft für *uns* wieder ein neues Problem in Bereitschaft hält. Ich habe mich in dem genannten Werke darüber ausgesprochen und meinen Antheil zur Lösung desselben beizutragen versucht, es mögen daher wenig Worte genügen.

Das Evangelium der Rechtsgeschichte der Zukunft besteht in dem Satz, daß hinter dem, was in der geschichtlichen Entwicklung des Rechts als äußere Thatsache hervortritt, hinter dem rechts-
S. 5. geschichtlich Concreten, noch ein anderes Stück Rechtsgeschichte steckt — und zwar das beste Theil — welches aber dem Zeitgenossen, weil er zu nahe steht, mehr oder minder verdeckt, erst dem Fernerstehenden vollständig wahrnehmbar wird. Die Berichte der Zeitgenossen, die Gesetzbücher und die wissenschaftlichen Darstellungen des Rechts enthalten von diesem abstracten Element der Rechtsgeschichte unmittelbar so gut wie nichts, aber sie gewähren die Möglichkeit, es ihnen zu entnehmen. Wie der Naturforscher die fossilen Ueberreste einer vergangenen Schöpfungsepoche benutzt, daß sie ihm Rede und Antwort stehen über Fragen, über die sie unmittelbar nichts aussagen, wie ihm oft die kleinsten Stücke die wichtigsten Aufschlüsse geben, ein Knochen ihm das ganze Thier vorführt, und ein Zahn die Nahrungsmittel lehrt, auf die das Thier angewiesen war, ganz so verhält es sich auch mit den Ueberresten einer vergangenen rechtshistorischen Epoche. Wenn man also früher, um es paradox auszudrücken, den Werth rechtshistorischer Darstellungen und Entdeckungen nach ihrer *Quellenmäßigkeit* zu bemessen pflegte, so werden die Verdienste in der neuen Richtung umgekehrt durch die *Nicht-Quellenmäßigkeit* bedingt sein, und die wichtigsten rechtshistorischen Entdeckungen

der Zukunft werden in solchen Sätzen und Gedanken bestehen, die I. Jahrg. Bd. I.
kein römischer Jurist ausgesprochen hat. In diesem Sinne kann man also auch in der Rechtsgeschichte von einer productiven Thätigkeit sprechen; denn wenn auch das, was wir suchen, etwas objectiv Historisches ist, so ist doch die Auffindung desselben insofern eine That, eine Production des Subjects, als die Abstractionen, zu denen sich dasselbe gezwungen fühlt, die Tendenzen und treibenden Gedanken, die es in der historischen Bewegung nachweist, die nationalen Grundanschauungen, auf die es die einzelnen Rechtssätze zurückführt, kurz als dieser ganze abstracte Stoff nicht als solcher in der Ueberlieferung wahrnehmbar wird. Durch eine S. 6.
solche Methode, wie immerhin wir sie nennen wollen, wird die Wissenschaft nicht von dem concreten Stoff abgeführt, sondern ihm umgekehrt in einem viel höheren Grade zugeführt, als dies bei der rein receptiven Methode möglich ist. Denn unendlich Vieles, was der letzteren als werthlos und folglich als nicht mittheilungswürdig erschien, enthält unter den Händen der ersteren durch den Nachweis, daß sich in ihm irgend etwas Höheres, Unsichtbares abspiegelt, einen ungeahnten Werth.

Der Richtung aber auf das Höchste soll nur der bei diesen Bestrebungen sich berühmen, der auch das Kleinste schätzt und achtet, — wer nicht im Kleinsten sucht und forscht, wird nie finden, was er sucht. Ich erkenne es darum als einen für die Beurtheilung eines jeden Werkes, das in dieser Richtung arbeiten will, und mithin auch des meinigen, durchaus berechtigten Maßstab, ja als die entscheidende Probe an, ob und in wie weit es dem Verfasser gelungen ist, Splitterchen und Steinchen, die man bisher für werthlos am Wege liegen ließ, wissenschaftlich zu verwerthen. Die Schwierigkeiten der Bearbeitung werden also bei dieser Methode nicht verringert, sondern gesteigert, denn zu dem Stoff, welcher derselbe bleibt, und zu der bisherigen concret-historischen Bearbeitung desselben gesellt sich eine ungleich schwierigere, intensivere: die abstracte Verwerthung desselben hinzu. Wer sich nicht mit vollem Ernst, mit ganzer Liebe und Hingebung in den

I. Jahrg. Bd. I. Stoff versenkt, sich nicht mit seinem ganzen Fühlen und Denken in die Zeit hineinlebt, deren Innerstes er zu enthüllen gedenkt, wird die Geister der Vergangenheit ohne Erfolg beschwören. Ihm werden nur die Ausgeburten seiner eigenen Phantasie erscheinen. Das ist aber allerdings das Mißliche dieser Methode, daß sich die Seichtigkeit und Arbeitsscheu in einem ganz andern Maße in ihr versuchen werden, als sie dies bei der receptiven
S. 7. Methode wagen konnten. Sie hat einen so verführerischen Reiz, diese Geister-Beschwörung, und sie erscheint für Jeden, der an schwerer Arbeit keinen Gefallen findet, so geeignet, um ohne Studien, Kenntnisse und Anstrengung zur literarischen Production zu gelangen, daß es mich Wunder nehmen sollte, wenn nicht gerade die oberflächlichsten Naturen an ihr das meiste Gefallen finden würden, und wenn nicht dieser Zweig der Wissenschaft der Ablagerungsplatz der schlechtesten Literatur werden sollte, wie denn bereits schon jetzt in dieser Beziehung ein vielversprechender Anfang gemacht ist — Eintagsproductionen, die kaum aufgetaucht bereits wieder der Vergessenheit anheimgefallen sind. Die Gefahr für die Wissenschaft ist freilich nicht groß, denn gegen nichts tritt so rasch eine Uebersättigung und ein moralischer Ekel ein, als gegen das Pseudodestillat des „Geistes," den wissenschaftlichen Fusel, und ich hoffe, daß dieser Zeitpunkt bei der Kritik, die, wie es scheint, den Maßstab zur Beurtheilung dieses Artikels bisher noch nicht gefunden hat, bald eintreten und sie zu einer Strenge und Schärfe veranlassen möge, die nirgends mehr am Platz ist, als hier.

Ich wende mich jetzt dem eigentlichen Gegenstande der vorliegenden Betrachtung zu, der Dogmatik. Für sie trifft der Gegensatz der receptiven und productiven Jurisprudenz in ungleich höherem Maße zu als für die bisher betrachtete Methode der Rechtsgeschichte, denn nur auf ihrem Gebiet kann von wirklichen juristischen Productionen die Rede sein. Ich werde den Gegensatz zunächst ohne alle Beziehung auf unsere heutige Jurisprudenz darzustellen versuchen, späterhin möge die Frage folgen, wie letztere sich zu demselben verhält.

Der erste Anfang aller wissenschaftlichen Bearbeitung des I. Jahrg. Bd. I.
Rechts charakterisirt sich durch den unmittelbaren Anschluß an die Form, in der dasselbe im Gesetz erscheint, durch ein rein receptives Verhalten zu den Quellen. Interpretation der Gesetze ist die absolut niedrigste Stufe aller wissenschaftlichen Thätigkeit, aber zu- S. 8.
gleich die nothwendige Vorstufe aller höheren. Der erklärte Zweck derselben ist Beschränkung auf den Willen des Gesetzgebers. Alles, was sie findet, ist unmittelbar oder mittelbar im Gesetz enthalten, mit dem Rechtsstoff geht hier keine *innere* Umwandlung vor, denn er behält den Charakter bei, den er im Gesetz an sich trägt: den von Rechtssätzen, Rechtsregeln, Rechtsprincipien. In den Bereich der Interpretation aber fällt nicht bloß die Darlegung des *unmittelbaren* Inhalts des Gesetzes, sondern auch die Erschließung des *mittelbaren*, also die Ableitung des *Prinzips* aus den im Gesetz gegebenen einzelnen Entscheidungen und umgekehrt die Entwicklung der *Consequenzen* aus dem dort aufgestellten Prinzip, kurz das logische Auf- und Absteigen innerhalb des Gesetzes.

Die juristische *Production* geht nun theils über diesen Stoff hinaus, indem sie einen absolut neuen Stoff hervorbringt (was man die Deduction aus der Natur der Sache genannt hat, man könnte sie auch die juristische Speculation nennen), theils beschränkt sie sich auf ihn, operirt aber mit ihm in einer Weise, der sich das Prädicat einer neugestaltenden und mithin productiven Thätigkeit nicht absprechen läßt. Ob die *analoge Ausdehnung* des Gesetzes in dem Sinn, wie man sie gewöhnlich definirt, auf dieses Prädicat Anspruch habe, lasse ich dahingestellt; in dem Sinn, in dem ich unten ihren Begriff bestimmen werde, kann darüber kein Zweifel sein.

Ich unterscheide zwischen *höherer* und *niederer* Jurisprudenz, zwischen dem *höheren und niederen Aggregatzustand* des Rechts [2]). Die reguläre Erscheinungsform, in der S. 9.

---

2) Eine Andeutung dieser Auffassung habe ich bereits in der Einleitung

I. Jahrg. Bd. I. das Recht in die Wirklichkeit tritt, ist die der Rechtsregel, möge letztere mehr allgemein sein, in welchem Fall man den Ausdruck Rechtsprinzip zu gebrauchen pflegt, oder mehr speziell und beschränkt, in welchem Fall der Ausdruck Rechtssatz gangbarer ist. Ob die Regel äußerlich die imperativische Form an sich trägt, ist hierfür vollkommen gleichgültig; das Imperativische liegt im Gegenstande. Alle Operationen der Jurisprudenz nun, die dem Rechtsstoff diese seine ursprüngliche und unmittelbar praktische Form belassen, die es also über Rechtssätze und Rechtsprinzipien nicht hinausbringen, mögen sie dieselben selbst gefunden oder nur die vom Gesetzgeber gegebenen verarbeitet haben, rechne ich zur niedern Jurisprudenz.

Der Gegensatz der höheren zur niederen Jurisprudenz bestimmt sich durch den Gegensatz des Rechtsbegriffes zu der Rechtsregel, und den Uebergang des Rechts aus dem niedern in den höhern Aggregatzustand vermittelt die juristische Construction, indem sie den gegebenen Rohstoff zu Begriffen erhebt. S. 10. Die Umwandlung, die hiermit erfolgt, besteht negativ darin, daß der Stoff seine unmittelbar praktische und imperativische Form völlig abstreift, positiv darin, daß er die Gestalt eines juristischen Körpers annimmt. Die Gesammtmasse des Rechts erscheint jetzt nicht mehr als ein System von Sätzen, Gedanken, sondern als ein Inbegriff von juristischen Existenzen, Potenzen. Wir behalten die Vorstellung eines juristischen Körpers als die einfachste und natürlichste bei. Jeder dieser Körper hat seine besondere Art, Natur und Eigenschaften, vermöge deren er fähig ist, gewisse Wirkungen hervorzubringen. Unsere Aufgabe ihm gegenüber nimmt dadurch den Charakter einer naturhistorischen Untersuchung an. Wir haben also seine Eigenschaften und Kräfte zu ermitteln, die Art, wie er ent-

---

zu meinem Buch über den Geist des römischen Rechts gegeben (B. 1 S. 26 f.), eine nähere Ausführung ist dem Abschnitt über die Technik der römischen Jurisprudenz (B. 2 Abth. 2) vorbehalten [inzwischen erschienen, B. 3 § 38—41 des genannten Werks].

steht und untergeht, die Lagen und Zustände, in die er gerathen I. Jahrg. Bd. I.
kann, den Einfluß, den er dadurch erleidet, die Metamorphosen, deren er fähig ist, anzugeben, seine Beziehungen zu anderen juristischen Größen, die Verbindungen, die er mit ihnen eingeht, die Conflicte, in die er mit ihnen geräth, zu bezeichnen, sodann auf Grund aller dieser vorangegangenen Untersuchungen die Natur desselben, seine juristische Individualität wie in einem logischen Brennpunkt im Begriff zu erfassen, schließlich aber in derselben Weise, wie der Naturforscher die naturhistorischen Objecte klassificirt, die sämmtlichen juristischen Körper in und zu einem System zu ordnen. Es vereinigt sich hierbei die Aufgabe einer naturhistorischen Forschung mit der einer künstlerischen Schöpfung. Denn die Objecte, deren Natur und Wesen wir zu bestimmen haben, sollen wir selbst erst formen und schaffen. Allerdings ist uns das Material dazu gegeben, allein das, was wir daraus machen, ist in der That unsere eigene Schöpfung, denn wir bringen
den Stoff nicht bloß in eine andere Ordnung, sondern wir ge- S. 11.
stalten ihn um. Nach welchen Rücksichten und Gesichtspunkten wir dies thun, welcher Kunstgriffe und Hülfsmittel wir uns dabei bedienen, welchen Anforderungen wir zu genügen haben, kurz, die Frage von den Gesetzen der juristischen Construction glaube ich, da ich sie an der angegebenen Stelle behandelt habe, hier um so eher übergehen zu können, da sie mit dem Zweck des gegenwärtigen Aufsatzes in keinem nothwendigen Verbande steht. Dagegen darf ich es nicht unterlassen, die hohe Bedeutung dieser juristischen Gestaltung des Rechtsstoffs zwar kurz, aber mit allem Nachdruck hervorzuheben.

Das Interesse derselben ist kein bloß wissenschaftliches, wenn man nämlich zwischen wissenschaftlich und praktisch einen Gegensatz machen will, sondern ein im äußersten Grade praktisches. Es wird nämlich dadurch zunächst dem vorhandenen Stoff eine Gestalt verliehen, welche die subjective Beherrschung desselben im hohen Grade erleichtert, was für die Anwendung des Rechts von außerordentlichem Nutzen ist. Die Erleichterung besteht darin,

I. Jahrg. Bd. I. daß die auf diesem Wege gewonnene *plastische* Gestaltung des Stoffs denselben dem *juristischen Anschauungsvermögen* zugänglich macht und dadurch dem Gedächtniß die Mühe abnimmt, sich eine Summe von einzelnen positiven Bestimmungen mechanisch einzuprägen [3]. Das weiche, biegsame Element der Rechtssätze, das der Auffassung keine festen Anhalts- und Ruhepunkte darbot, hat feste Gestalt angenommen, es hat sich angesetzt an dem Knochenbau, dem Gerippe, das der Begriff ihm gestellt hat, dies Ganze ist aus einer Masse von Einzelnheiten ein einziges und
S. 12. einiges Ganze geworden: unser juristischer Körper. Die einzelnen Rechtssätze figuriren jetzt als einzelne Züge und Punkte in dem Bilde, das sich unsere Vorstellung von dem Gegenstand macht, sie finden ihren Halt an der Gesammtvorstellung und gleich letzterer ihren letzten Stützpunkt an dem Begriff: dem logischen Grundriß des Gegenstandes, der die wesentlichen Lineamente desselben wiedergibt.

Durch diese Plastik des Rechts erhält nun zugleich — und darin liegt ein zweiter Nutzen derselben — ein Bedürfniß seine Befriedigung, das, so wenig davon auch die Rede zu sein pflegt, doch in der That eine der wichtigsten Triebfedern aller Jurisprudenz ist, ich will es das *juristisch-ästhetische* nennen. Es mag parador klingen, von einem *juristischen Kunstsinn* zu sprechen, und doch ist es nicht anders möglich, es gibt keinen andern Ausdruck für die Sache. Will man sich von dem Dasein und der Macht desselben überzeugen, so blicke man nur um sich. Ich will nicht auf die römische Jurisprudenz verweisen; sie hatte ihn schon in der Wiege, ihre frühsten Leistungen, die seltsamen Gebilde der alten Zeit, sind nichts als Producte dieses Kunstsinns, des späteren Rechts der classischen Periode gar nicht zu gedenken. Ich will mich vielmehr auf die moderne Jurisprudenz beschränken.

---

3) Die Vereinfachung des Rechtsstoffes auf dem Wege der *logischen Concentration*, von der ich am angegebenen Ort weiter gehandelt habe, ist der naturhistorischen Behandlungsweise des Rechts nicht eigenthümlich.

Das römische Recht verdankt seine Reception vorzugsweise der Befriedigung, die es diesem Sinne gewährte, und worauf anders beruht die Anziehungskraft, die dasselbe noch heutzutage auf jeden Juristen ausübt? Es handelt sich hierbei nicht um den Reiz einer bloß formalen Logik und Consequenz, sondern um die Schöpfung einer Welt aus rein geistigem Stoff, eine Nachbildung der Natur im Elemente des Gedankens. Diese Welt ist die wahre Heimath des Juristen, nach ihr zieht es ihn stets hin, und schon die frühsten Lebensregungen der Jurisprudenz haben ihre Bildung und ihre Vervollkommnung zum Gegenstande. In ihr wurzelt die Begeisterung, deren der Jurist für seine Wissenschaft fähig ist, und die nach dem Maße, in dem es ihm gelungen, in sie einzudringen, eine Höhe erreichen kann, die einem Nichtjuristen, der von dem Dasein dieser über der niedern und substantiellen Welt des positiven Stoffs sich erhebenden idealen, ihm unsichtbaren Kunstschöpfung keine Ahnung hat, ein Räthsel sein muß, und die auch in der That keinen Sinn hätte, wenn der Jurist verdammt wäre, sich in jenen niedern Regionen herumzutreiben und die mithin auch da nicht erfunden werden kann, wo die Jurisprudenz sich zur Höhe der künstlerischen Gestaltung des Stoffs noch nicht erhoben hat. Ohne Liebe gedeiht kein Ding, die Liebe des Juristen aber zu seinem Fach, möge er sich Praktiker oder Theoretiker nennen, wurzelt eben in dem Kunstelement des Rechts; in der Erhebung und Vergeistigung des Stoffes, den Menschensatzung geschaffen, zu idealen Formen; in den Wundern dieser höheren Welt, deren er sich nicht einmal bewußt zu werden braucht, um mächtig von ihnen ergriffen zu werden; in der Ordnung und Harmonie, der Einfachheit und Schönheit, die hier herrscht; in der festen Ablagerung der Gedanken-Massen und der Schärfe ihrer Formen; in der Sicherheit, mit der er zwischen diesen Massen wandeln kann; in dem unerschöpflichen Reichthum, der überall, wo er tiefer eindringt, zu Tage tritt. Könnte man diese Welt dem Laien erschließen, brächte er das Auge mit, um sie wahrzunehmen, es würde ihn statt der geringschätzenden Meinung vom wissenschaftlichen Werth

I. Jahrg. Bd. I.
S. 13.

I. Jahrg. Bd. I. der Jurisprudenz das Gefühl der Achtung und Bewunderung ergreifen, er würde es erklärlich finden, daß eine Vertiefung in *diese* Welt nicht Arbeit, sondern Genuß und im Stande ist, die
S. 14. ganze Seele und das ganze Leben auch eines geistig anspruchsvollen Menschen auszufüllen.

Habe ich das Verhältniß vielleicht idealisirt? Ich gebe zu, daß mir zu meinem Bilde nicht jene Fachgenossen gesessen haben, denen nie, weder auf der Universität, noch später das Verständniß jener Welt aufgegangen ist, weil ihr Sinn von vornherein nur auf das Niedere stand. Aber ebensowenig habe ich den Zuschnitt bloß nach mir selbst gemacht, dem der Beruf es verstattete, sich ganz in sie zu vertiefen. Es stände schlimm um die Jurisprudenz, wenn bloß das theoretische Studium derselben jene Stimmung und Liebe hervorzurufen vermöchte, ich provocire für die Richtigkeit meiner Auffassung getrost auf das Urtheil des tüchtigen Praktikers, überzeugt, daß ich nur *ausgesprochen* habe, was er selbst *gefühlt* hat.

Alles bisher Gesagte würde auch selbst dann zutreffend sein, wenn der Werth der höheren Jurisprudenz oder der naturhistorischen Betrachtung des Rechts bloß darin bestände, daß sie dem *vorhandenen* positiven Stoff die entsprechende juristische Gestaltung gäbe. Allein zu dieser spezificirenden Thätigkeit gesellt sich noch eine andere hinzu, die nur auf diesem höhern Standpunkt möglich wird, eine rein *productive*. Die höhere Jurisprudenz ist nicht bloß *Bildnerin* des Stoffs, sondern auch *Schöpferin*; und nur *sie* ist es, denn nur sie kann mit *Sicherheit* und *Bewußtsein* einen neuen Stoff produciren. Die einzige Operation, bei der auch für die niedere Jurisprudenz der *Schein* einer productiven Thätigkeit entstehen könnte, weil letztere sich hier wenigstens von ihrem Object, dem Willen des Gesetzes, entfernt, ist die analoge Ausdehnung. Allein auch *sie* ist vom Standpunkt der
S. 15. niederen Jurisprudenz aus weder recht zu begreifen, noch mit Sicherheit zu bewerkstelligen. Denn wenn man einmal nur *Rechtssätze* kennt und nur mit Rechtssätzen operirt, wie läßt

es sich begreiflich machen, daß ein Rechtssatz, den der Gesetzgeber I. Jahrg. Bd. I.
nur für irgend ein bestimmtes Verhältniß aufgestellt hat, auf ein anderes sollte ausgedehnt werden dürfen? Wegen des Bedürfnisses? Allein wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht anerkannt hat, wie dürften wir es thun? Wegen Gleichheit des Grundes? Allein was *ist* Gleichheit des Grundes? Und wohin würde ein Operiren mit diesem Gesichtspunkt führen! Von jenem Standpunkt aus möge die analoge Ausdehnung immerhin durch den gesunden Takt oder die instinctive Ahnung ihrer wahren Bedeutung in richtiger Weise *gehandhabt* werden, aber *begriffen* werden kann sie nicht. Dies ist erst nur von unserm Standpunkt möglich. Ihre Definition wird hier sehr einfach, sie lautet nämlich dahin: die analoge Ausdehnung ist nichts als die Beantwortung *der* Frage: gehört ein Rechtssatz, der historisch zuerst an einer einzelnen *Art* aufgetreten ist, der *Art* oder der *Gattung* an? Der Rechtssatz: dolus pro possessione est ward aufgestellt bei Gelegenheit eines Senatsbeschlusses über die hereditatis petitio. Es ist bekannt, daß die römischen Juristen ihn nicht bloß auf sämmtliche in rem actiones, sondern auf Klagen, die gegen den Besitzer als solchen gerichtet sind, ausdehnten. Worauf beruhte diese Ausdehnung? Die hered. pet. ist eine einzelne Art der gegen den Besitzer als solchen gerichteten Klagen, sie vereinigt mit den Momenten, die ihr als *Spezies* eigenthümlich sind, andere, die der ganzen *Gattung* gemeinsam sind. Als nun jener Rechtssatz bei der her. pet. aufgestellt ward, mußten die Juristen sich fragen: gehört derselbe der einen oder andern Seite der her. pet. an, hat
er in ihrer spezifischen Natur als her. pet., oder in ihrer Natur S. 16.
als Klage gegen den Besitzer als solchen seinen Grund? und die Frage so gefaßt, konnte die Beantwortung derselben nicht zweifelhaft sein.

Die analoge Ausdehnung gehört hiernach der höheren Jurisprudenz an, denn sie setzt die naturhistorische Auffassung des Rechts voraus, sie erfordert eine Feststellung des Gattungs- und Art-Begriffs, eine genaue Sonderung dessen, was der ganzen Gattung

I. Jahrg. Bd. I. gemein und der einzelnen Art eigenthümlich ist. Der Nutzen dieser letzteren Arbeit beschränkt sich keineswegs auf die analoge Ausdehnung. Wenn der Gattungsbegriff erfaßt und gehörig ausgebildet ist, so ist damit nicht bloß für alle jetzt bereits vorhandenen, sondern auch für alle künftig auftretenden Spezies ein stets bereites Rechtsmaterial gewonnen. Hierin hat es seinen Grund, daß eine ausgebildete Jurisprudenz nie ein absolutes Deficit an Rechtssätzen zu befürchten hat. Denn in wie ungewöhnlichen, abweichenden Bildungen sich auch der fortschreitende Verkehr ergehen möge, die Besorgniß, daß er uns etwas absolut Neues bringen könnte, d. h. etwas, was nicht unter irgend einen unserer bisherigen Begriffe fiele, — diese Besorgniß ist eben so unbegründet, als wenn man glauben wollte, es könnten heutzutage noch Thiere entdeckt werden, die im zoologischen System der heutigen Wissenschaft absolut kein Unterkommen fänden. Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt, und innerhalb ihrer verläuft auch jede fernere Bewegung, so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergiren möge; eine gereifte Jurisprudenz läßt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit bringen.

S. 17. Ich wende mich jetzt der eigentlich schöpferischen Thätigkeit der höheren Jurisprudenz zu. Jedes Blatt der römischen Rechtsquellen gewährt die Gelegenheit, sich von ihr zu überzeugen. Wie manche Lehren gibt es, die lediglich ein Product der römischen Jurisprudenz sind, bei denen die Jurisprudenz von jedem gesetzlichen Anhaltspunkt verlassen, rein auf sich selbst, d. h. die Erschließung der innern Nothwendigkeit, die Erforschung der Natur der Sache angewiesen war. Woher stammt das Accrescenzrecht, die Lehre von der Spezification, der Accession, vom dies, von der Bedingung, der Nichtigkeit, Anfechtbarkeit und unzählige andere? Ein Meisterstück in dieser Beziehung ist die Lehre von der Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Rechte; man könnte sie wegen der unendlichen Feinheit und Kunst, mit der sie ausgearbeitet ist, eine civilistische Filigranarbeit nennen. Kein Gesetz hatte eine einzige

der Fragen, die hierbei zur Sprache kamen, entschieden oder auch I. Jahrg. Bd. I.
nur berührt. Die ganze Masse von Rechtsstoff, die hier zu Tage gefördert ward (und man vergegenwärtige sich einmal die über das ganze Rechtsgebiet sich erstreckende Ausdehnung der Lehre, die unzähligen praktischen Rechtsfragen, in die sie sich bei den Servituten, beim Pfandrecht, bei den Obligationen u. s. w. auflöst), jene ganze Masse also ist nichts als eine Schöpfung der römischen Jurisprudenz, gewonnen lediglich auf dem Wege einer naturhistorischen Betrachtung. Die Jurisprudenz hat diese Frage kaum anders angefaßt und gelöst, als die Naturwissenschaft z. B. die Frage über das spezifische Gewicht der Körper. Sie hat mit jedem einzelnen Rechtskörper eine Zersetzung vorgenommen, den Einfluß, den dieselbe auf ihn ausübt, ermittelt und endlich auf Grund aller dieser Versuche ihre Lehre von der Möglichkeit und dem Einfluß einer Theilung der Rechtskörper gewonnen. Auch darin trifft der Vergleich mit der Naturwissenschaft zu, daß es nicht ein unmittelbar praktischer Zweck war, oder daß wenigstens S. 18.
nicht ausschließlich dieser es war, welcher die Untersuchung veranlaßte und leitete, sondern daß es zugleich ein rein wissenschaftliches Interesse galt, bei dem schon die Lust und Freude an Entdeckungen den Forscher weiter trieb. Aber wie die Entdeckungen der Naturwissenschaft, so kommen auch hier die Entdeckungen der Jurisprudenz dem Leben zu Gute. Nicht gerade *sofort*, nicht gerade in *dieser* Form. Vielleicht liegt mancher von den gefundenen Rechtssätzen ein Jahrhundert lang unbenutzt, bevor sich der erste Fall ereignet, auf den er angewandt werden kann, vielleicht kann er nie auf eine solche unmittelbare praktische Verwerthung hoffen, aber er leistet seinen Dienst, indem er die Brücke zu andern wird, oder indem er sie trägt, stützt, ergänzt. Und wäre auch gar kein Nutzen abzusehen, so ist er eben da *seiner selbst wegen*, er existirt, weil er *nicht nicht-existiren kann*, und weil die Jurisprudenz nicht Jurisprudenz sein und ihren *praktischen* Beruf nicht erfüllen könnte, wenn sie nur das unmittelbar Praktische suchen wollte. Das ist auch eine von den guten Lehren,

I. Jahrg. Bd. I. die uns die römische Jurisprudenz gegeben hat, daß die Wissenschaft, um wahrhaft praktisch zu sein, sich nicht auf das Praktische beschränken darf.

So wenig ich den segensreichen Einfluß des praktischen Bedürfnisses auf die Ausbildung der Wissenschaft verkenne, so sehr ich aus meiner eignen dürftigen Erfahrung weiß, daß nicht selten ein Rechtsfall, indem er uns eine bisher nicht aufgeworfene Frage vorführt, uns neue Seiten des Verhältnisses erschließt und dadurch die Theorie wesentlich fördert, so kann ich es andererseits doch nicht genug hervorheben, daß die naturhistorische Behandlungsweise des Rechts der Wissenschaft es möglich macht, mit ihren Antworten den Fragen der Praxis voranzueilen, ihr also das demüthige Loos erspart, sich lediglich durch die Praxis zu neuen
S. 19. Entdeckungen anregen zu lassen, und so zu sagen, hinter ihr her zu hinken. Nicht die Phantasie, welche seltsame und bisher noch nie vorgekommene Fälle aussinnt, ist es, die uns auf neue Fragen und damit auf neue Rechtssätze führen muß, sondern die treibende Kraft des Gedankens, die innere Dialektik des Rechtsverhältnisses schiebt und drängt uns weiter und bringt uns damit zu neuen Entdeckungen; sie offenbart uns die entlegensten und verborgensten Beziehungen und Seiten desselben, und wenn irgendwo in einer praktischen Wissenschaft dem menschlichen Geiste der hohe Genuß bereitet ist, rein auf sich selbst angewiesen in der Welt des Gedankens umherzuschweifen und mit reichen Schätzen beladen heimzukehren, so ist es in der Jurisprudenz. Sie ist diejenige praktische Wissenschaft, in der das speculative Talent sich wie in keiner anderen verwerthen läßt, derjenige Zweig des menschlichen Wissens, für den wenn irgendwo die dialektische Methode, die treibende Kraft des Begriffs zur Wahrheit wird. Nur der Unkundige kann es belächeln, wenn die Jurisprudenz, ich meine nicht die Rechtsphilosophie, sondern jene von den Philosophen oft über die Achsel angesehene praktische Jurisprudenz, die juristische Dogmatik, sich, wie Ulpian in l. 1 § 1 de J. et J. (1. 1) es thut, Philosophie nennt. Ich kann die Behauptung

nicht unterdrücken, daß die heutige Rechtsphilosophie sowohl wie I. Jahrg. Bd. I.
das frühere Naturrecht sich rücksichtlich des Maßes der philosophischen Kraft, die sich in ihnen bethätigt hat, mit der Dogmatik nicht von weitem messen darf, und den Grund, warum mit dem Aufschwung der Jurisprudenz in unserm Jahrhundert zugleich ein entschiedener Widerwille gegen das Naturrecht eintrat, und warum auch die heutige Rechtsphilosophie sich eines so geringen Anklangs erfreut, diesen Grund kann ich nicht darin finden, daß sie zu viel, sondern daß sie zu wenig philosophisches Element enthalten, daß sie es zu wenig verstanden haben, uns in den geistigen Organis- S. 20.
mus der realen Rechtswelt einzuführen und uns die Vorgänge, die sich hier begeben, und die Gesetze, die hier regieren, klar zu machen. Eben weil unser philosophisches Bedürfniß in der Dogmatik des römischen Rechts, wie sie heutzutage behandelt wird, eine so vollkommne Befriedigung findet, hat die Rechtsphilosophie einen so üblen Stand. Unter dem Eindruck dieses philosophischen Geistes, der ihn aus dem römischen Rechte anwehte, war es, daß Leibniz seinen bekannten und viel benutzten Ausspruch über das römische Recht that[4]), und unter dem Eindruck dieses Geistes bezeichnete das Mittelalter dasselbe als die ratio scripta, die geoffenbarte Vernunft in Dingen des Rechts.

So viel zur Beantwortung der Frage vom praktischen Werthe der höhern Jurisprudenz. Scheinbar ist es ihr bei ihrer naturhistorischen Untersuchung des Rechts nur um die Befriedigung eines rein wissenschaftlichen Interesses zu thun, und der Unkundige wird das praktische Verdienst einer richtigen Interpretation

4) Epist. ad H. E. Kestnerum, epist. 15: Dixi saepius post scripta Geometrarum nihil exstare, quod vi ac subtilitate cum Romanorum Jure consultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis — — Nec uspiam juris naturalis praeclare exculti uberiora vestigia deprehendas. Et ubi ab eo recessum est, sive ob formularum ductus sive ex majorum traditis sive ob leges novas, ipsae consequentiae ex nova hypothesi aeternis rectae rationis dictaminibus addita, mirabili ingenio nec minore firmitate deducuntur. Nec tam saepe a ratione abitur, quam vulgo videtur.

I. Jahrg. Bd. I. eines Gesetzes ungleich höher anschlagen, als das einer scharfen
Definition, einer gelungenen Construction eines Verhältnisses
oder der Lösung einer rein systematischen Frage. Denn er ahnet
eben nicht, wie oft sich hinter der äußerlich unpraktischen Form
ein unendlich reicher praktischer Inhalt verbirgt, und selbst von
Juristen muß man derartige Untersuchungen nicht selten als
müßige, spitzfindige u. s. w. bezeichnen hören. Gerade diese letztere
S. 21. Erfahrung hat mich veranlaßt, den praktischen Werth der natur-
historischen Methode so angelegentlich hervorzuheben, da es mir
erforderlich schien, unsere Zeitschrift, die sich gerade ein Wirken
im Sinne dieser Methode zur Aufgabe gemacht hat, gegen das
erschwerende Vorurtheil einer unpraktischen Richtung in Schutz
zu nehmen.

Ich wende mich jetzt der zweiten oben aufgeworfenen Frage zu, wie unsere heutige Wissenschaft sich zu dem angegebenen Gegensatz der höheren und niederen Jurisprudenz verhält.

Wir haben hier das römische und deutsche Recht von einander zu trennen. Während die naturhistorische, oder nennen wir sie von jetzt an die juristische Methode auf dem Gebiete des *deutschen* Rechts noch sehr jung ist und über die Namen *Thöl* und *Gerber* kaum in die Vergangenheit zurückreicht, ist das römische Recht uns in einer so vollendeten juristischen Gestalt überliefert worden, daß man hier umgekehrt eher fragen möchte, was für uns noch viel zu thun übrig bleibe. Beschränken wir uns zunächst auf letzteres. Daß die Bearbeitung desselben jemals in einem andern als ächt juristischen Geiste möglich gewesen, sollte man kaum erwarten. Hat sich doch in ihm jener Geist in einer Weise bethätigt und objectivirt, wie in keinem andern, und vermochte doch selbst die höchste Stumpfheit und juristische Unfähigkeit späterer Zeiten ihm diesen Charakter nicht zu entziehen. Aber dennoch können wir uns nicht verhehlen, daß die moderne Wissenschaft trotz aller ihrer Beschäftigung mit dem römischen Recht das Beste, was sie demselben neben der juristischen Methode hätte entnehmen können: das Vorbild der ächt schöpferischen juristischen

Kraft nur in ungleich geringerem Maße verwerthet hat, als sie es I. Jahrg. Bd. I.
hätte können und sollen. Die receptive Thätigkeit, zu der die Reconstruction des römischen Rechts sie zwang, war der Ausbildung der productiven Fähigkeit von vornherein keineswegs günstig und hat letztere mitunter in dem Maße gelähmt, daß der Juris- S. 22.
prudenz nicht einmal der Gedanke kam, daß das einheimische und in manchen Punkten selbst das römische Recht ihr zu derselben juristisch gestaltenden Thätigkeit Gelegenheit gebe, deren Wirken und Erfolge sie im römischen Rechte täglich vor Augen hatte, ja, daß selbst die Reconstruction des letzteren nicht gelang — zur Bewahrheitung jener treffenden Bemerkung, daß eine Zeit, die selbst nichts schaffen, auch in den Geist der Schöpfungen einer vergangenen Zeit nicht eindringen kann.

Wenn nun im Gegensatz dazu die heutige Wissenschaft sich rühmen darf, daß der Geist der römischen Jurisprudenz in ihr wieder lebendig geworden ist, so kann sie es nicht thun, ohne Savigny die Ehre und das Verdienst zu lassen. Man kann diesem Manne, der meiner Ansicht nach für die Geschichte der Jurisprudenz in ungleich höherem Grade epochemachend ist, als Cujacius, kein größeres Unrecht thun, als wenn man seine Verdienste vorzugsweise in die Belebung einer historischen Erforschung des römischen Rechts setzt. So hoch ich die Rechtsgeschichte stelle, und so wenig man von mir eine Herabsetzung derselben gewärtigen wird, so sehr muß ich doch dagegen protestiren, daß jene Umwandlung, die seit Savigny eingetreten ist, auf Rechnung des Aufschwungs der Rechtsgeschichte zu setzen ist. Die gelehrtesten rechtshistorischen Untersuchungen früherer Zeiten, wie z. B. der ganzen holländischen Schule, haben das wahrhafte Verständniß des römischen Rechts — ich meine darunter nicht das rechtshistorische, sondern das juristische — um nichts gefördert, sie haben den juristischen Sinn, der allein dieses Verständnisses fähig ist, vielleicht mehr unterdrückt und auf Abwege geleitet, als erweckt und angeregt. Ich bekenne mich einmal zu der sehr gewagten Ansicht, daß ein wirklicher Jurist, auch wenn S. 23.

I. Jahrg. Bd. I. S. 23. seine rechtshistorische Ausrüstung noch so mangelhaft sein sollte, im Ganzen und Großen das römische Recht ungleich besser verstehen wird, als ein Rechtshistoriker, dem das juristische Organ fehlt, und daß dieser letztere Defect auch bei namhaften Rechtshistorikern vorkommen kann, wird man mir bei den Belegen, welche auch die Gegenwart für diese Behauptung darbietet, hoffentlich ersparen durch Beispiele zu belegen. Wenn sich das geltende Recht einer jeden Zeit nur dem juristischen Sinn und Auge wirklich erschließt, wie sollte es bei dem Rechte der Vergangenheit anders sein, und wie sollte derjenige, welcher den juristischen Geist in der Dogmatik nicht zu finden versteht, im Stande sein, das Walten desselben in der Rechtsgeschichte zu entdecken? Immerhin möge auch ein solcher manche dankenswerthe Vorarbeit verrichten können, allein die eigentliche Arbeit, auf die es ankömmt, die wirkliche juristische Wiedergeburt des frühern Rechts wird ihm nie gelingen; letzteres wird unter seinen Händen trotz aller Gelehrsamkeit, die er anzuhäufen vermag, stets eine Masse positiven Stoffes, ein todter Körper bleiben [5]). Wenn daher die römische Rechtsgeschichte unter den Händen von Savigny, Puchta, Keller u. A. eine ganz andere Gestalt gewonnen hat, als unter den Händen von Hugo und den Frühern, namentlich den Holländern nebst Heineccius und Bach, so liegt der Grund nicht darin, daß jene Männer auf den Schultern ihrer Vorgänger standen, sondern darin, daß sie für die Rechtsgeschichte ein juristisches Auge mitbrachten. In Hugo erhielten wir seit längerer Zeit wieder den ersten namhaften Rechtshistoriker, in Savigny den ersten Juristen — eine den römischen Juristen congeniale Natur. Bei dieser inneren Gleichartigkeit mit ihnen entdeckte er bereits als Anfänger mit dem Blicke des juristischen Genies, was seinen gelehrtesten Vorgängern

---

5) [Darin hatte ich mein Urtheil über die Rechtsgeschichte von Rudorff wiedergegeben, ein Urtheil, mit dem ich jetzt nach dem (1873 erfolgten) Tode des Verfassers nicht mehr glaube zurückhalten zu brauchen.]

entgangen war. Mit dem „Recht des Besitzes“ war die juristische I. Jahrg. Bd. I.
Methode der Römer wieder erobert, und damit die heutige Juris- S. 24.
prudenz geboren. Daß die Bearbeitung des römischen Rechts von jetzt an vorzugsweise einen rechtshistorischen Charakter annahm, war nicht das Entscheidende, sondern daß sie sich beeiferte, wieder einen juristischen Charakter anzunehmen, und den Werth der rechtshistorischen Leistungen dieser Zeit kann ich nur darein setzen, daß sie die Erreichung dieses letzteren Zieles erleichterten und beförderten. Ob man sich dieses Verhältnisses überall bewußt gewesen ist, muß ich bezweifeln; jedenfalls ist in der Literatur ein entschiedenes Mißverhältniß zwischen der Förderung des Zweckes und des bloßen Mittels eingetreten. Man hätte glauben können, als handle es sich fortan nur um Geschichte und Kritik des römischen Rechts, nicht aber um eine praktische Wissenschaft. Freilich war es auch ungleich leichter, Savigny dem Rechtshistoriker, als Savigny dem Juristen zu folgen und nicht Alle, die seinen Namen im Munde geführt haben, sind in Wirklichkeit seine Jünger gewesen.

Während der wahre Gewinn der von Savigny angebahnten Reform gerade in einer Annäherung der Wissenschaft und des Lebens hätte bestehen sollen, schien die große Mehrzahl seiner Anhänger umgekehrt den Aufschwung der Wissenschaft durch eine Entfernung derselben vom Leben bezeichnen zu wollen, und Savigny selbst fand sich später gedrungen, die Entfremdung, die zwischen beiden eingetreten sei, öffentlich anzuerkennen und zu beklagen. Das war ein übles Zeichen. Darin lag, daß auf einer von beiden Seiten gefehlt war. Trug die Praxis die Schuld? Ich glaube nicht. Verzichtete die Wissenschaft einmal darauf, durch juristische Leistungen ins Leben einzugreifen, setzte sie ihre Hauptkraft an Aufgaben, die auch ein Philologe hätte lösen können, und die, so dankenswerth ihr Ergebniß in historischer Beziehung sein mochte, doch dem Juristen keine Nahrung für sein wissenschaftliches Bedürfniß gewährten, so sollte es sie billiger-
weise nicht befremden, wenn das Interesse des großen juristischen S. 25.

I. Jahrg. Bd. I. Publikums für sie und ihre Leistungen erkaltete. Wie war es doch möglich, daß ein Lehrbuch des römischen Rechts, wie das von Thibaut, sich immer noch behaupten konnte, nachdem Savigny eine Reihe von Jahren gewirkt und gelehrt und einen Kreis von thätigen Schülern um sich geschaart hatte! Bis auf Puchta fand sich Niemand von der neuen Richtung, welcher der Herrschaft dieses Buchs und damit der alten Methode ein Ende zu machen versucht hätte. Während manche rechtshistorische Fragen kaum aus dem Meßkatalog verschwanden, während die Thätigkeit eines Mannes wie Hugo sich schließlich in Untersuchungen über die tres partes, über das System des Gajus u. s. w. verlief, erfreute sich die Dogmatik einer verhältnißmäßig nur sehr geringen Pflege, und doch war gerade sie das Gebiet, wo der Kampf zwischen alter und neuer Jurisprudenz hätte ausgekämpft werden müssen, das Gebiet, von dem aus jede neue Richtung in der Jurisprudenz allein Aussicht hat, in die große Masse zu bringen. Es blieb Savigny auch hier die eigentliche Ernte vorbehalten. Wie eine epochemachende Leistung dogmatischer Art den Anfang seines thatenreichen Lebens bezeichnet hatte, so verherrlicht eine nicht minder bedeutende Arbeit derselben Art den Abend desselben. Fast gleichzeitig mit ihm betrat dasselbe Gebiet ein gefährlicher Rival, und wenn das Savigny'sche „System des heutigen römischen Rechts" in Bezug auf künstlerische Reproduction des Gegenstandes im wahren Geist der römischen Jurisprudenz alles Bisherige hinter sich läßt, so thut dies die „Theorie des gemeinen Civilrechts" von Kierulff, was philosophische Durchdringung
S. 26. und geistvolle Gestaltung des Stoffs anbetrifft. Beiden Werken läßt sich nur ein Fehler zur Last legen, daß sie unvollendet sind; sie haben dies mit dem ihnen würdig zur Seite stehenden dritten bedeutendsten Werk der Gegenwart, dem Cursus der Institutionen von Puchta gemein. Der letztgenannte Schriftsteller, dessen frühen Tod ich zu den härtesten Schlägen zähle, welche die Jurisprudenz in unserm Jahrhundert erlitten, war, wenn irgend einer, berufen, die fernere Bewegung in unserer Wissenschaft zu leiten.

Mit dem Sinn und der Kenntniß des Historikers vereinigte sich I. Jahrg. Bd. I.
in ihm ein spezifisch-juristisches Talent ersten Ranges, und für die eigentliche Verbreitung der juristischen Methode unter die große Masse hat sich Keiner ein solches Verdienst erworben, als er durch sein Lehrbuch der Pandekten. Mit ihm ist der durch Savigny begründete Fortschritt Gemeingut und sicheres Besitzthum der deutschen Jurisprudenz geworden.

So ist denn das früher Versäumte würdig nachgeholt, und die Dogmatik, wie es sich für eine praktische Wissenschaft gebührt, in den Vordergrund getreten. Ihr wendet sich jetzt vorherrschend das Interesse zu, ihr gehört der Markt. Wenn wir untersuchen wollen, wie sich die literarische Thätigkeit innerhalb des romanistischen Zweigs unserer Wissenschaft in der Gegenwart vertheilt, so werden wir finden, daß sich der bei weitem größte Theil der Dogmatik zuwendet. Innerhalb der letztern ist nun zwar die niedere Jurisprudenz mit der Behandlung praktischer Rechtsfragen, Controversen, der Veröffentlichung von Urtheilen u. s. w. quantitativ entschieden im Uebergewicht, namentlich in den vielen juristischen Zeitschriften und periodisch erscheinenden Sammlungen, allein dem innern Gewicht nach nimmt doch die höhere Jurisprudenz von Tage zu Tage mehr zu, und diejenigen Fragen, welche in der unmittelbaren Gegenwart vorzugsweise das Inter- S. 27.
esse auf sich ziehen und die Geister beschäftigen, gehören sämmtlich ihr an. Hierzu rechne ich die namentlich von Buchka angeregte juristische Bestimmung der Stellvertretung im heutigen Recht — eine Lehre, zu der fast jedes Jahr einen Beitrag gebracht hat, und die auch von einer Seite, von der man sie bisher weniger ins Auge gefaßt hat, in einem der nächsten Hefte dieser Zeitschrift figuriren wird — sodann die von Delbrück aufgeworfene Frage von der Uebernahme der Schulden, die soeben wieder eine neue Besprechung gefunden hat [6]), die Anerkennung als Verpflich-

6) Kuntze, Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts. Leipzig, 1856.

I. Jahrg. Bd. I. tungsgrund von Otto Bähr, eine Schrift, deren Verdienst sich nicht, wie das der Delbrück'schen, darauf beschränkt, eine praktisch höchst wichtige Frage angeregt zu haben, sondern die in meinen Augen eine der werthvollsten Productionen der neuern Zeit ist, da sie die Verschmelzung der Wissenschaft mit dem Leben, die ja das Ziel unserer ganzen Jurisprudenz bilden muß, in einer Weise erreicht hat, wie man es wenigen andern Schriften vor ihr nachrühmen kann. Zu der Zahl dieser Fragen [7]) gehört vor Allem auch die Construction der Correalobligationen, an der sich jetzt
S. 28. Kuntze [8]) in der angeführten Schrift in einer Weise versucht hat, welche die Vertheidigung der herrschenden Lehre jedenfalls zu keiner leichten Aufgabe macht.

Vor nicht gar langer Zeit gehörte der Besitz ebenfalls dazu, und einige Fragen aus dieser Lehre, namentlich die: ob der Besitz ein Recht oder Factum, sodann die Frage vom abgeleiteten Besitz und die Bestimmung des animus domini erfuhren fast jährlich eine Bearbeitung. Ich will die Zahl dieser Beispiele nicht häufen. Wer die gegenwärtige Literatur mit einiger Aufmerksamkeit verfolgt hat, wird sich der Wahrnehmung nicht entziehen können, daß die Richtung auf juristische Construction in derselben immer entschiedener hervortritt.

Die römischen Juristen haben uns noch genug zu thun übrig gelassen. Denn nicht bloß daß sie bei einer nicht geringen Zahl von Verhältnissen die Aufgabe überall nicht gelöst, wenigstens uns

---

7) Die hereditas jacens — die arme, abgehetzte — taucht auch immer von Neuem wieder auf, so eben wieder in der genannten Schrift von Kuntze.

8) Je freudiger ich das bedeutende Talent für juristische Construction, das sich in seiner Schrift ausspricht, anerkenne, und je mehr ich mir von demselben für die Zukunft verspreche, um so mehr muß ich es bedauern, daß der Verf. sich selbst den Erfolg seiner Schrift durch eine Darstellungsweise beeinträchtigt hat, die an Ueberschwenglichkeit, Verwegenheit, Maßlosigkeit und wahrhaft abschreckender Geschmacklosigkeit, ich möchte sagen: an stilistischer Trunkenheit alle bisherigen Leistungen in dieser Beziehung — und was ist uns darin bereits geboten! — weit hinter sich läßt und das Buch zu einem wahren literarhistorischen Curiosum stempelt.

ihren Lösungsversuch nicht mitgetheilt haben, so fehlt es auch nicht I. Jahrg. Bd. I.
an solchen Beispielen, wo ihre Ansicht einer Berichtigung oder Verbesserung fähig oder, mindestens gesagt, einer Prüfung zu unterwerfen ist[9]. Dazu kommt aber der Umstand, daß viele S. 29.
tiefeingreifende Aenderungen erst in der spätern Kaiserzeit erfolgten, welche das Bedürfniß oder die Fähigkeit einer juristischen Gestaltung des Stoffes nicht mehr besaß, und welche die daran sich knüpfenden Aufgaben als ungelöste unserer heutigen Jurisprudenz überlassen hat. Fügt man nun noch hinzu die Modificationen, die das römische Recht bei und seit seiner Reception erlitten, sowie die selbständigen Bildungen des modernen Verkehrs,

---

9) Mit einem einfachen Wegwerfen der römischen Constructionen ist es jedoch nicht gethan — eine Bemerkung, die ich namentlich gegen Windscheid richte. In seinem Aufsatz über die her. jac. in der münchner krit. Umschau B. 1 S. 181 ff. wundert er sich, wie man sich doch abmühen könne, der her. jac. eine vermögensrechtliche Persönlichkeit anzudichten; es sei ja Alles so einfach, die Rechte dauerten fort, der Begriff des Vermögens reiche vollkommen aus. Dies ist in meinen Augen um nichts besser, als wenn Jemand sich wundern wollte, was doch die Naturforscher sich abmühten, das Brennen eines Lichtes zu erklären; es sei eine Thatsache, was man mehr wolle? Entweder begnügen wir uns mit den bloßen Thatsachen überall, d. h. wir verzichten auf eine begriffliche Verbindung und Erklärung derselben, oder wir erkennen letztere als Aufgabe der Wissenschaft an. Im letzteren Fall aber liegt in den Begriffen, die wir einmal haben, etwas logisch Zwingendes. Wenn wir also einmal die Obligation, das Eigenthum u. s. w. als Rechte eines Subjects auffassen, das Moment der subjectiven Zuständigkeit mithin für ein dem Begriff des Rechts wesentliches erklären, so können wir uns bei der bloßen Thatsache, daß nach dem Tode des Erblassers die Rechte desselben ohne Subject fortdauern, nicht beruhigen, sondern wir müssen entweder unsere Definition vom Recht ändern, so daß nach ihr die Existenz eines Rechts ohne Subject möglich erscheint, oder aber wir müssen uns das Mittel gefallen lassen, vermöge dessen die römische Jurisprudenz hier geholfen, die künstliche Annahme eines Subjects, die Personification der her. jac. [Windscheid hat die Frage später in seinem Lehrbuch der Pandekten aufgenommen, I. § 49. III. § 531, und ich meinerseits habe sie ebenfalls behandelt, Jahrb. X. S. 408 und zwar in einer von der hier als erschöpfend angenommenen Alternative abweichenden Weise; das Nähere hat hier kein Interesse.]

I. Jahrg. Bd. I. so dürfte das Feld der Thätigkeit, das sich vor uns öffnet, eher zu groß als zu klein erscheinen.

Ich brauche dem Bisherigen nach nicht zu bemerken, daß
S. 30. unsere Zeitschrift weder zu den bestehenden in einen feindlichen Gegensatz tritt, noch überall die Prätension einer neuen Richtung erhebt. Sie erkennt die Art der literarischen Thätigkeit, die in jenen Zeitschriften wenigstens vorzugsweise vertreten ist, als durchaus berechtigt und nothwendig an, aber gerade in der reichlichen Vertretung, deren sich dieselbe in ihnen erfreut, findet sie einen Grund, dieselbe ihrerseits nicht noch zu vermehren, sondern ihre Spalten vorzugsweise dem dort minder gepflegten Zweig der literarischen Thätigkeit vorzubehalten. Daß rein rechtshistorische und kritische Arbeiten dem Zweck der Zeitschrift fremd sind, liegt schon in der in ihrem Titel hervortretenden Bezugnahme auf Dogmatik. Eine absolute Innehaltung der angegebenen Grenzen wird freilich kaum durchführbar sein; wir wollen daher auch nicht mehr versprechen, als daß wir die Verfolgung der angegebenen Tendenz stets als das eigentliche Ziel im Auge behalten werden.

Die Aufgabe der Gegenwart gegenüber dem römischen Recht besteht aber nicht bloß im Construiren, wovon bisher allein die Rede war, sondern auch im Destruiren. Wenn man sieht, wie so manche Institute des römischen Rechts in der Doctrin noch heutzutage ein Scheinleben fristen, die durch das Leben längst thatsächlich zur Seite geschoben sind (z. B. die Infamie, die Klagen auf Privatstrafen), wie manche Regeln auf die Autorität des corpus juris hin als Sätze des geltenden Rechts figuriren, vor deren wirklicher Anwendung diejenigen, die sie lehren, hoffentlich selbst zurückbeben würden — Consequenzen römischer Geschäfts- und Klagformeln, starre Wortinterpretationen, wie sie den Instituten des jus strictum angemessen waren, verlorene Ueberbleibsel altrömischer Anschauungen, von welchen letztern selbst das spätere
S. 31. Rom kaum noch Kunde hatte, Ausflüsse von Prinzipien, die wir nicht mehr anerkennen u. s. w. — kurz wenn man diesen civilistischen Mumien-Cultus mit unbefangenem Auge betrachtet, ich

meine, man kann sich kaum des Ausrufes enthalten, in den Ju- I. Jahrg. Bd. I. stinian über eine ähnliche Erscheinung seiner Zeit, das dominium ex jure Quiritium, ausbrach[10]: nomen ex jure Quiritium ... nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Würde, um Lebender nicht zu gedenken und mein Beispiel von einem Mann zu entnehmen, der zu hoch in meinen Augen steht, als daß mein Tadel weder ihm, noch mir zum Nachtheil gereichen kann, ich meine Puchta, würde er also wohl den Muth gehabt haben, folgenden Satz seiner Pandekten anzuwenden? „Die Wahl," heißt es dort in § 221, „geschieht unveränderlich an sich erst durch die Leistung bei dem Schuldner, durch die Klage bei dem Gläubiger; ist sie ausdrücklich auf den Willen gestellt, durch die Erklärung dieses Willens." Es handelt sich an jener Stelle um die Ausübung des Wahlrechts bei alternativen Obligationen. War das Wahlrecht ausdrücklich auf das „Wollen" gestellt (utrum volet), so war dasselbe durch Erklärung dieses Wollens consumirt, l. 54 § 9 de leg. I, mithin eine Aenderung der getroffenen Wahl späterhin unmöglich. Lautete hingegen die Stipulation: illud aut illud dari, so mußte eine streng wörtliche Interpretation, wie sie bei den Stipulationen bekanntlich hergebracht war, darin die Consequenz finden, die in l. 138 § 1 de V. O. (45. 1) ausgesprochen wird: Licebit tibi, quotiens voles, mutare voluntatem in eo quod praestaturus sis, quia S. 32. diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest. Vom Standpunkt der römischen Stipulationstheorie war dies durchaus in der Ordnung und insofern weniger bedenklich, als Jeder in Rom wußte, wie streng es mit der Interpretation der Stipulationen genommen ward, sich also vorsehen konnte. Nun versetze man aber jenen Satz in die heutige Zeit, in der uns das

10) l. un. Cod. de nudo jure Quiritium tollendo (7. 25).

I. Jahrg. Bd. I. Prinzip einer solchen wörtlichen Interpretation unbekannt ist und wo namentlich von dem angegebenen Grund: quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest das gerade Gegentheil gilt, da in unserm heutigen Recht prinzipiell zwischen der ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärung bekanntlich kein Unterschied besteht. Man nehme an, ein Testator habe Jemanden das Haus des X, in dem er zur Miethe wohnt, oder ein Kapital von 10000 Rthlrn. vermacht, und der Legatar erklärt dem Erben, er wünsche das Haus. Letzterer kauft dasselbe vom X für einen hohen Preis; wie er es aber dem Legatar offerirt, nimmt jener seine Wahl mit Berufung auf l. 138 § 1 de V. O. (45. 1) zurück. Oder aber der Schuldner hatte die Wahl zu treffen, und es handelt sich um Leistung einer Geldsumme oder einer bedeutenden Waarenlieferung. Er entscheidet sich für letzteres, und der Gläubiger trifft inzwischen Anstalten zur Entgegennahme der Waaren, schließt Contracte ab über den Transport, den weiteren Verkauf u. s. w., und schließlich sollte der Schuldner sein Wort zurücknehmen können?! Es bedürfte für uns heutzutage nicht einmal der Bezugnahme auf l. 25 pr. de const. pec. (13. 5), die Puchta, wenn er sich einmal auf das reine römische Recht beschränken wollte, hätte anführen müssen: Illud aut illud debuit et constituit alterum; an vel alterum, quod non constituit, solvere possit, quaesitum est? Dixi non esse audiendum, si
S. 33. velit hodie fidem constitutae rei frangere, um ein solch' tolles Resultat abzuwenden. Ich hoffe, daß kein heutiger Richter so sehr von allem gesunden Gefühl und praktischen Takt entblößt sein würde, um in diesem Fall die l. 138 cit. zur Anwendung zu bringen, selbst wenn die heutige Anwendbarkeit derselben durch eine Berufung auf eine Autorität wie Puchta unterstützt werden sollte. Aber, daß sich für einen solchen Satz eine solche Autorität anführen läßt, daß ein darauf gebautes Urtheil die allgemeinste Entrüstung erregen und den angeblichen Werth des römischen Rechts in den Augen eines jeden verständigen Laien mehr als zweifelhaft machen würde, daß die Wissenschaft hier den Prak-

tiker geradezu zwingt, sich mit ihr in Widerspruch zu setzen — I. Jahrg. Bd. I.
das, meine ich, zeigt doch, daß in unserer Theorie noch Manches
faul ist[11]).

Ich wähle ein anderes Beispiel. Der Testator vermacht seinem Neffen sein Landgut, bestimmt aber, daß seine Wittwe den lebenslänglichen Nießbrauch daran haben solle. Wie ist hier nach Puchta zu entscheiden? Die Wittwe und der Neffe bekommen jeder die Hälfte des Nießbrauchs. Unglaublich, wird Jeder ausrufen! Man vergleiche aber Puchta's Pandekten § 532 am Ende, dort ist dieser Satz wörtlich enthalten unter Verweisung auf l. 19 de usu et usufr. (33. 2) und mit Hinzufügung eines Grundes, der auf Puchta's eigne Rechnung kommt, nämlich „da man nicht ohne Weiteres annehmen kann, daß der Testator das Eigenthumsvermächtniß durch jene zweite Verfügung auf die bloße Proprietät reducirt habe." Dieser Grund gehört zu denen, mit denen der Jurist im Zustande der Verzweiflung zu operiren pflegt, um das Unerklärliche zu erklären; in einem solchen exegetischen Nothstande ist ihm wie einem Ertrinkenden auch ein Strohhalm recht, um sich daran zu halten. Jeder Unbefangene wird sich S. 34.
hier nämlich für das gerade Gegentheil des vorgeschützten Grundes erklären. Weil der Testator seiner Wittwe den Nießbrauch vermacht hat, darum kann man nicht annehmen, daß er dem Neffen etwas Anderes hat zuwenden wollen, als die bloße Proprietät. Wie löst sich nun das Räthsel? Auch hier handelt es sich wieder um nichts als eine römische Formel, die für die Römer eine gewohnheitsrechtliche Geltung besaß, und deren Beachtung von Jedem, der ein Testament abfaßte, verlangt werden mochte, die aber für uns alle und jede Geltung verloren hat. Wollte Jemand dem Einen den Usufructus, dem Andern das Eigenthum vermachen, so lautete, wie jene Stelle angibt, die Formel dafür: Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato. Hatte er sich dieser Formel: de-

11) [Auch heute (1880) noch — die Ansicht erfreut sich noch warmer Freunde.]

I. Jahrg. Bd. I. tracto usufructu fundum lego nicht bedient, so folgerte man daraus, daß er das durch sie zu bewerkstelligende Resultat nicht beabsichtigt hatte, und dann concurrirten natürlich beide Personen im Usus fructus. Hatte er letzteres in Wirklichkeit nicht gewollt, sich also nur in der Formel vergriffen, so konnte man, wenn man nicht das ganze Formelwesen aufgeben wollte, den Mißgriff freilich nicht ungeschehen machen. Und das sollte heutzutage noch gelten, wo wir diese Formel selber gar nicht mehr kennen?!

Ein ähnliches Beispiel gewährt l. 15 § 7 de usufr. (7. 1), wo gesagt wird, der Eigenthümer könne selbst »ne quidem consentiente fructuario« keine Prädial-Servitut bestellen, d. h. die bloße formlose Einwilligung war dazu nicht ausreichend, dagegen gab es einen formellen Weg, um das gewünschte Resultat zu erreichen (Aufgabe und neue Bestellung des usufr. und nach ersterer und vor letzterer die Errichtung der intendirten Servitut). Dieser formelle Weg ist heutzutage hinweggefallen, die Bestimmung der l. 15 cit. mithin für uns unpraktisch. Dafür erklärt sich mit Recht Arndts, Pandekten § 179, Anm. 4, während Puchta, Vorlesungen über das heutige römische Recht § 180,
S. 35. die Stelle noch für praktisch hält, indem er die Benutzung jenes rein formellen Umweges auch für das heutige Recht verlangt, also drei Akte statt eines: vertragsmäßige Aufgabe des Nießbrauches mit Vorbehalt der demnächstigen Wiederbestellung — Errichtung der Prädialservitut — Wiederherstellung des Nießbrauchs!

Vom Standpunkt der Formularjurisprudenz war es ganz consequent, wenn man den Zusatz: si volet bei einem Legat nicht als müßigen Zusatz, sondern als Bedingung auffaßte (l. 65 § 1 de leg. I. 30). Dürfen wir aber mit Puchta § 539 Note b auch diese Consequenz römischer Formularjurisprudenz als einen Satz des heutigen Rechts hinstellen? Auch hier haben wir ja abermals nur eine Anwendung der alten, für uns beseitigten Regel: expressa nocent, non expressa non nocent. Ich bestreite nicht die Möglichkeit, daß der Testator die Willenserklärung des Lega-

tars als Bedingung setzen **kann**, also mit der Absicht, daß das I. Jahrg. Bd. I.
Legat nicht auf die Erben transmittirt werden soll, wenn der Legatar vor der Willenserklärung stirbt, aber bei **dieser** Auffassung ist es eben der Wille des Testators, der das Resultat bewirkt, nicht das bloße **Wort**, so daß also, wenn auch die obigen Worte gebraucht wären, aus den Umständen sich aber ergäbe, daß der Testator das Legat nicht als ein wirklich bedingtes beabsichtigt hätte, die Worte als müßiger Zusatz gelten müßten, während die römische Jurisprudenz auch in diesem Fall wie in dem obigen den Mißgriff in den Worten nicht hätte verzeihen können.

Was soll man ferner zu folgendem Satz in § 321 des **Puchta**'schen Lehrbuchs sagen: „daß die Accessionen der Sache nicht schon stillschweigend als mit deponirt zu betrachten sind, wohl aber bei einer versiegelten Kiste auch der Inhalt" (l. 1 § 5, 41 Depos. 16. 3)? Wer würde damit einen andern Sinn verbinden können, als daß der Depositar nicht für die Accessionen hafte (z. B. den Zaum und Sattel bei dem deponirten Pferde)? Und doch würde gewiß kein Richter Anstand nehmen, wenn das Pferd ohne culpa des Depositars abhanden gekommen, dem Deponenten S. 36.
wegen des zurückgebliebenen Zaums und Sattels eine Klage zu geben. Was soll also jener Satz? Er hängt wieder mit der Formularjurisprudenz zusammen, nämlich mit der richtigen Formulirung der actio depositi, ob dieselbe gerichtet werden mußte auf „Pferd **und** Sattel," „Kiste **und** die darin enthaltenen (namhaft aufzuführenden) Gegenstände," oder bloß auf „gesatteltes Pferd," „verschlossene Kiste" u. s. w.

Ein Testator bestimmt: „A soll mein Erbe sein; heirathet er sein Dienstmädchen, so soll er die Erbschaft an B herausgeben." Tritt die Bedingung ein, so erfolgt die Realisirung der Disposition durch Restitution der Erbschaft als Universalfideicommiß. Hätte der Testator gesagt: „so soll die Erbschaft an B **fallen**," oder „so soll A ihm die Erbschaft **abtreten**," so würde auch der ärgste Rigorist schwerlich bestreiten, daß hier ganz dasselbe ein-

I. Jahrg. Bd. I. trete. Wie nun, wenn er gesagt hätte: „so soll B die Erbschaft haben," oder „so wende ich sie dem B zu, so soll B an die Stelle des A treten" oder endlich: „so soll B mein Erbe sein"? In dem letztern Fall ist nach Puchta § 476 Note g die Disposition nichtig, denn sie verstößt gegen den Satz: semel heres, semper heres. Die römischen Juristen erhielten die Disposition selbst bei dieser Fassung wenigstens in zwei Fällen aufrecht, nämlich im Soldatentestament, und wenn sie in einem Codicill vorkam [12]), in letzterm Fall in der Weise, daß sie die Bestimmung als Anordnung eines Universalfideicommisses auffaßten. Sie glaubten sich also in letzterm Fall wegen der freieren Natur des Codicills über den »rigor juris civilis« hinwegsetzen und der »vo-
S. 37. luntas testatoris« [13]) Raum geben zu dürfen. Was sie aber bei dem Codicill für möglich hielten, nämlich das Abgehen von der strengen Formel und die freiere Interpretation der gebrauchten Ausdrücke, ist das nicht schon durch die spätere kaiserliche Legislation zum allgemeinen Prinzip erhoben? Wenn die Compilatoren sich scheuten, die Entscheidungen der älteren Juristen im Sinne dieses Prinzips zu revidiren — eine allerdings colossale Arbeit — dürfen wir unsererseits derartige Ausflüsse römischer Formularjurisprudenz bloß darum, weil sie im corpus juris stehen, als gültige Rechtssätze anerkennen, da es doch eine unzweifelhafte Thatsache des modernen Rechtslebens ist, daß wir ein völlig anderes Interpretationsprinzip haben, ein Prinzip, zu dem alle bisher angeführten Entscheidungen unserer Quellen im schneidendsten Widerspruch stehen würden? Hat man sich mit Recht gegen die heutige Anwendbarkeit des römischen jus poenitendi bei Innominatcontracten erklärt, weil es sich mit der heutigen Structur dieser Contracte nicht mehr verträgt, wie will man denn die Aufrechthaltung jener Entscheidungen rechtfertigen, deren Unverträglich-

12) l. 76 ad SC. Trebell (36. 1) l. 41 pr. de test. milit. (29. 1).

13) Es sind dies bekanntlich die beiden Ausdrücke, deren sich Ulpian, XXV. § 1, zur Bezeichnung des Gegensatzes, um den es sich hier handelt, bedient.

keit mit unserm heutigen Interpretationsprinzip nicht minder auf der Hand liegt? I. Jahrg. Bd. I.

Wenn sich nun schon aus Puchta, dem es in der That weder an juristischem Takt, noch an dem philosophischen und historischen Sinn fehlte, das Einzelne im Zusammenhang mit seinem Prinzip zu erfassen, eine solche Blumenlese machen läßt — und ich könnte sie noch um manche Beispiele vermehren —, so braucht man nicht erst andere Schriftsteller zu vergleichen, um sich eine Vorstellung davon zu machen, was ein eifriger Romanist, dem es an jenen Eigenschaften Puchta's gebricht, aus dem cor- S. 38. pus juris herauszulesen vermag, und ich muß gestehen, daß ich mich des Gefühls des Grauens nicht erwehren kann, wenn ich mir ausmale, welcher Unfug seit der Reception des römischen Rechts mit demselben getrieben, welche Verstand und Gefühl empörenden Urtheile auf die Autorität des corpus juris hin ergangen sein mögen. Während gerade das Studium des römischen Rechts uns ein Mittel geistiger Freiheit werden, uns in Stand setzen sollte, die Eingebung unseres Gefühls, welches sich gegen die Anwendung solcher spezifisch-römischen Rechtssätze sträubt, wissenschaftlich zu rechtfertigen und die heutige Unanwendbarkeit jener Sätze zu deduciren, ist umgekehrt das römische Recht für uns vielfach ein Mittel der tiefsten geistigen Sklaverei geworden. Eine derartige Benutzung des römischen Rechts, ein solcher blinder Buchstaben-Fanatismus, der nach Art der Inquisitions-Gerichte versengend und brennend die wahre Lehre bethätigte, sie sind es, die den Gegnern des römischen Rechts zu allen Zeiten Waffen in die Hand gegeben haben, und so wenig ich im Uebrigen auch mit ihnen gemeinschaftliche Sache machen will, so verkehrt ich es halte, wenn man die Vorwürfe, die man den Romanisten machen sollte, gegen das römische Recht richtet — gegen das Messer anstatt gegen den, der uns damit verwundet — so sehr stimme ich doch mit den Vorwürfen gegen jene Weise der Benutzung des römischen Rechts überein. Man könnte sie die Methode des orthodoxen Romanismus nennen. Die Schrift entscheidet!

I. Jahrg. Bd. I. Was in der Schrift steht, gilt, und was nicht darin steht, gilt nicht! Das ist das Glaubensbekenntniß in seiner ganzen Nacktheit und Schärfe. Daß dieses Glaubensbekenntniß heutzutage noch von irgend Jemand unterschrieben werden sollte, bezweifle ich
S. 39. allerdings, allein daß es gegolten hat, daß es Zeiten gegeben hat, wo Ulpian und Paulus, wenn sie wieder erschienen, darob verketzert worden wären, daß sie Rechtssätze aufstellten, die in keinem Gesetz zu finden und mit keiner Corpus-juris-Stelle zu belegen — Zeiten, deren Wahlspruch lautete: Juris consultus sine lege loquens erubescit, — wer wüßte das nicht? Es ist die Bemerkung gemacht, die neuere Geschichte des römischen Rechts bestehe in einem unausgesetzten Ausscheidungsprozeß. Ich halte keine Bemerkung für richtiger, und namentlich glaube ich, daß gerade die Gegenwart berufen ist, an dieser Ausscheidung einen hervorragenden Antheil zu nehmen. Auch hier muß ich abermals an Savigny anknüpfen, denn auch in dieser Beziehung hat er sich wieder an die Spitze der heutigen Jurisprudenz gestellt. Bis zum Erscheinen seines Systems war man gewohnt, bei ihm vor Allem ein strenges Festhalten am römischen Recht zu supponiren. Wie mußte man überrascht sein, zu finden, daß gerade er in so manchen Partien das römische Recht für beseitigt erklärte, die von andern Theoretikern noch sorgsam gepflegt wurden, z. B. bei der Infamie, den Privatstrafen. Keiner hat bisher mit jener romanistischen Orthodoxie mehr gebrochen, als er. Um so wichtiger war es, daß gerade er es that, als man ihm wenigstens nicht den Vorwurf jugendlichen Leichtsinns, mangelhafter Sachkenntniß oder der Abneigung gegen das Positive machen konnte. Die geistige Freiheit, mit der er dem Stoff gegenüber stand, und ohne die er einmal nicht der Savigny hätte werden können, bewährte sich auch darin, daß er wie kein Anderer vor ihm die praktische Anwendbarkeit des römischen Rechts beschränkte. Wenn Jeder es mit mir als einen unersetzlichen Verlust beklagen wird, daß sein System keine Aussicht auf Vollendung hat, so beklage ich diesen
S. 40. Verlust namentlich auch in der Beziehung, daß Savigny an

jener Arbeit der fortgesetzten Ausscheidung des lebensunfähigen I. Jahrg. Bd. I.
römischen Stoffes keinen Antheil mehr nehmen wird. Ein Urtheil aus seinem Munde hätte mehr Gewicht gehabt, als die eifrigsten Bemühungen von uns Andern, und wenn Savigny einmal den Stab über die praktische Gültigkeit eines Instituts gebrochen hätte, so würde sich die Praxis bereitwillig seiner Autorität gefügt, eine entgegengesetzte Ansicht jedenfalls einen schweren Stand gehabt haben.

Auch in der bisher angegebenen Beziehung gilt es nichts Neues, sondern nur dem Beispiele Savigny's zu folgen, auch hier also bin ich, wenn ich die Zeitschrift derartigen Bestrebungen zur Disposition stelle, weit entfernt, zu glauben, als steckte ich eine neue Fahne aus, und die obige Kritik, die ich statt gegen einen Andern gegen Puchta gerichtet habe, ist lediglich aus dem Motiv hervorgegangen, an einer unserer civilistischen Koryphäen zu zeigen, wie viel spezifisch Römisches unsere Doctrin noch in sich trägt, und wie viel mithin zu thun noch übrig bleibt. Diese Ueberzeugung und der Wunsch, für meinen Theil an dieser Aufgabe mit zu wirken, hat mir namentlich den Gedanken zu meinem Buch über den Geist des römischen Rechts eingegeben. Ich bin nämlich überzeugt, daß der Kampf, um den es sich handelt, oder will man lieber, daß die Auseinandersetzung der heutigen Wissenschaft mit dem römischen Recht nur zum kleinsten Theil in den Niederungen der einzelnen Rechtssätze und Rechtsinstitute vor sich gehen kann. Ist dieser oder jener Rechtssatz national-römisch und folglich unanwendbar für uns — wer könnte diese Frage beantworten? Die Differenz der modernen Rechtsanschauung, wie sie nicht etwa angeblich in diesem oder jenem Subject lebt — denn die respective ich nicht — sondern wie sie sich in den That- S. 41.
sachen der modernen Rechtsbildung objectivirt hat, also die Differenz zwischen ihr und der römischen wird sich nur in den seltensten Fällen an einem einzelnen Rechtssatz zur Evidenz constatiren lassen. Ganz anders aber, wenn es uns gelingt, auf beiden Seiten das Prinzip, die Anschauung, der dieser und mit

I. Jahrg. Bd. I. ihm eine ganze Reihe anderer Rechtssätze entsprungen sind, zu entdecken. Hier wird, Prinzip gegen Prinzip gehalten, die Sache sofort klar, und mit dem römischen Prinzip, dessen Antiquirung dadurch dargethan ist, daß ihm ein anderes und neueres gegenüber getreten ist, sinken auch alle seine Folgesätze. Hier heißt es also nicht mehr: lex, sondern principium posterius derogat priori. Die Untersuchung ist dann nicht mehr auf die Frage beschränkt: ob ein ganzes Rechtsinstitut des römischen Rechts, sondern ob und was an und in ihm aus dem Grunde unpraktisch geworden, weil es einem spezifisch-römischen Prinzip angehört, wie z. B. in der Legatentheorie alle Ausflüsse des Formalismus. Diese Untersuchung setzt voraus, daß man das spezifische Römerthum im römischen Recht an der Wurzel erfaßt, dies ist aber nur möglich, indem man sich der Prinzipien und Anschauungen, aus denen dies Recht hervorgegangen, zu bemächtigen sucht, und auf diesen Versuch war es bei dem genannten Werk abgesehen.

Die Lösung jener Aufgabe einer Beseitigung der spezifisch-römischen Rechtsprinzipien durch Gegenüberstellung der ihnen widerstreitenden praktischen Prinzipien des heutigen Rechts erfordert aber nicht minder eine prinzipielle Analyse der Institute des deutschen Rechts. Der Romanist kann, wenn er die Frage von der heutigen Gültigkeit des römischen Rechts in der obigen Weise beantworten will, der Rücksichtnahme auf das praktische deutsche
S. 12. Recht gar nicht entbehren. Die hin und wieder in sehr äußerlicher Weise versuchte Einigung des römischen und deutschen Privatrechts wird nur auf dem Wege angebahnt werden können, daß bei der dogmatischen Bearbeitung einzelner Lehren des römischen Rechts die Abweichungen des deutschen Rechts nicht sowohl erwähnt, als vielmehr innerlich in die Darstellung verarbeitet werden. Die Regel des römischen Rechts müßte also z. B. in einer Weise erweitert oder modificirt werden, daß zugleich die verwandten Institute des deutschen Rechts darunter paßten. Man wende mir nicht ein, daß die Institute des einen und anderen Rechts von ganz verschiedenen Ideen ausgegangen seien. Dies ist unbestreit-

bar, aber nicht minder unbestreitbar, daß sie später zusammen- I. Jahrg. Bd. I.
getroffen sind und im Leben neben einander bestehen. Wie läßt es sich nun rechtfertigen, wenn man die Abstractionen und Regeln der römischen Juristen, die dem Recht ihrer Zeit durchaus entsprachen, dasselbe vollkommen deckten, in unveränderter Fassung beibehält, während doch das Recht der Gegenwart, nicht jene römische Hälfte desselben, sondern das einige aus den beiden Elementen zusammengesetzte Recht dieser Regel Hohn spricht? Die Regel ist eine Abstraction des thatsächlichen Rechts; ex jure, quod est, regula fiat [14]), sie hat sich mithin jeder Aenderung des thatsächlichen Rechts zu accommodiren, stets auf der Höhe der Zeit zu halten. Wie verträgt es sich damit, wenn der Romanist seinen Zuhörern Regeln vorträgt oder ihnen etwas als juristisch unmöglich deducirt, wie z. B. die Verknüpfung einer Verpflichtung mit einer Sache, die Richtung der Obligation auf eine zukünftige, d. h. ungewisse Person, wovon der Germanist ihnen hinterher das Gegentheil nachweist? Vom Standpunkt des heutigen Rechts aus können jene Regeln nicht anders als historische, als Abstrac- S. 43.
tionen vom damaligen Rechte bezeichnet werden. Man könnte erwidern, daß die Regeln und Deductionen des Romanisten eine Wahrheit nur in Bezug auf die noch geltenden Institute des römischen Rechts beanspruchen und mithin mit denen des Germanisten, die ihrerseits nur für die Institute des deutschen Rechts bestimmt seien, nicht in Widerspruch treten. Eine Theilung der Gebiete rücksichtlich des wissenschaftlichen Betriebs ist dem Gedeihen des Ganzen höchst förderlich, und ich meine nicht, als sollten wir sie bei unserm Rechte aufheben, aber etwas ganz Anderes ist es, ob es das Höchste und Letzte ist, wenn der Romanist, wie er es heutigen Tages noch thut und thun muß, auf seinem Gebiete in der Weise verfährt, als existire kein deutsches Recht? So sehr er sich also immerhin auf die rein römisch-rechtlichen Institute beschränken darf und muß, so sollten doch die obersten Regeln so

---

14) l. 1 de R. J. (50. 17).

I. Jahrg. Bd. I. lauten, daß sie nicht bloß ihnen, sondern auch den Instituten des deutschen Rechts Raum zur juristischen Entfaltung lassen, z. B. die über die Obligation so, daß die Papiere auf den Inhaber, die Reallasten, das Indossament in blanco ihnen gegenüber nicht als juristische Unmöglichkeiten erscheinen. Der Gattungsbegriff der Obligation, den der Romanist aufstellt, müßte also von vornherein so weit sein, daß er die beiden Spezies, die Obligation des römischen und deutschen Rechts umfaßt, und erst nachdem der Gattungsbegriff entwickelt, dürfte der Romanist sich der Spezies, die ihm ausschließlich zufällt, zuwenden. So wie die Sache heutzutage steht, hat die Wissenschaft zwei Spezies, aber keinen Gattungsbegriff, zwei Hälften, aber kein Ganzes. Man hat gesagt, das römische Recht habe für uns aufgehört, ein fremder Be-
S. 44. standtheil unseres Rechtslebens zu sein, allein ich kann diese Behauptung nicht eher zugeben, bis die Wissenschaft die obige Aufgabe gelöst hat. Dieser Zeitpunkt dürfte aber noch ziemlich fern liegen, da die Arbeit selbst eine gewaltige ist, so wenig sich im Uebrigen verkennen läßt, daß bereits in einzelnen Partien des Rechts, z. B. im Handelsrecht, sowie im Partikularrecht durch das würtembergische Privatrecht von Wächter ein Beträchtliches geleistet, ja daß selbst bereits der erste wirkliche, wenn auch encyklopädisch gehaltene Versuch zur inneren Verschmelzung beider Theile unseres Rechts gemacht ist[15]). Jene Aufgabe sichert unserer Jurisprudenz eine reiche Ernte und eine genußreiche Zukunft, sie erschließt ihr ein weites Feld der interessantesten und fruchtbarsten Thätigkeit, einer ächt juristischen Production.

Fragen wir aber, ist denn die juristische Gestaltung des deutschen Rechts bereits so weit gediehen, daß wir auf eine Verschmelzung des römischen und deutschen Rechts so bald hoffen dürften, so wird wohl Niemand diese Frage bejahen wollen. In der That ist die eigentlich juristische Richtung auf dem Gebiete des deutschen Rechts noch so neu und jung, daß sie fast noch um ihre Existenz

---

15) Von Blume in seiner Encyklopädie.

ringen muß. Wäre das Bedürfniß nach technisch-juristischer Gestaltung des germanistischen Rechtsstoffes allgemein und dringend empfunden, man würde nicht selbst sich die Befriedigung desselben durch die Angst vor dem sog. Romanisiren erschweren. Mit diesem Wort kann ein durchaus berechtigter Vorwurf beabsichtigt, eine wirkliche Verirrung der juristischen Construction bezeichnet sein. Von Romanisiren sollte man aber nur da sprechen, wo der Rechtsstoff mit Verkennung seiner eigenthümlichen juristischen Natur unter den römischen Begriff gezwängt wird. Daß dies durchaus unstatthaft ist, bedarf keiner Bemerkung. Es ist dies aber nicht darum, weil man dem römischen Rechte das Mittel zur juristischen Construction entlehnt hat, sondern nur weil und insofern letztere selbst eine unzutreffende, verfehlte ist. Daß manche unserer rein deutschrechtlichen Institute sich vollkommen befriedigend aus Mitteln des römischen Rechts construiren lassen, wird wohl kein Verständiger läugnen. Wozu aber neue Begriffe postuliren, wenn die bereits vorhandenen vollkommen ausreichen[16]? Was sollte es auch releviren, ob z. B. der Begriff des Miteigenthums von den Römern früher als von uns erkannt und entwickelt ist, und warum sollten wir diesen vorhandenen Begriff verschmähen, bloß weil er ein römischer ist? Ich bin der Ansicht, daß dieser Begriff uns z. B. zur civilistischen Structur einer Girobank das einzig ausreichende Mittel gewährt, und es möge mir verstattet sein, diese Ansicht, die so viel mir bekannt, noch nicht aufgestellt ist, mit Wenigem auszuführen. Man hat das Verhältniß der Bankinteressenten unter einander als Societätsverhältniß bezeichnet[17], allein diese Auffassung halte ich nicht für zutreffend. Um sie durchzuführen, müßte man dem Societätsbegriff Gewalt anthun, ihn nämlich in einer Weise erweitern, daß

I. Jahrg. Bd. I. — S. 45.

16) Ueber das Gesetz der Sparsamkeit siehe meinen Geist des römischen Rechts III. 1. § 56.

17) Wilda in seinem Aufsatz über die Banken im Rechtslexikon Bd. I. S. 592.

I. Jahrg. Bd. I. von ihm wenig mehr übrig bliebe. Die Zahl der Interessenten S. 46. bei der Girobank und die Summe ihrer Einschüsse kann sich vermehren ohne Einwilligung der angeblichen Gesellschafter. Wie paßt dies zum Begriff der Societät? Der ganze Zweck des Verhältnisses ist nicht auf ein gemeinschaftliches Operiren gerichtet, denn jede einzelne Operation bezieht sich immer nur auf je zwei der Mitglieder, sie afficirt nicht die ganze Societät. Der Zweck ist vielmehr durch ein gemeinschaftliches Haben vollkommen erreichbar, und die entsprechende Form für ein bloßes gemeinschaftliches Haben (welches eine Verminderung und Vermehrung der einzelnen Quoten durch vertragsmäßige Ueberlassung nicht ausschließt) ist das Miteigenthum[18]. Als Object des Miteigenthums erscheint hier der gesammte Metallvorrath der Bank. Wer ihn durch Einschuß einer Barre vermehrt, gibt das Eigenthum an letzterer auf und bekömmt dafür eine Quote des Eigenthums an der Gesammtmasse, oder da letztere sich in einzelnen Barren darstellt, ein dem Verhältniß seines Einschusses zu der Gesammtmasse entsprechendes (z. B. 1 zu 1000) Miteigenthum an jeder einzelnen Barre. Das Ab- und Zuschreiben auf der Bank enthält nichts als eine Verminderung und Vermehrung der einzelnen Quoten des Miteigenthums, eine Veräußerung
S. 47. unter Miteigenthümern, die natürlich, da jeder derselben zugleich Besitzer ist, einer Tradition nicht bedarf und mithin durch einen rein ideellen Vorgang (das bloße Schreiben) bewerkstelligt wer-

---

18) Daß Miteigenthum ohne Societät, wie Societät ohne Miteigenthum möglich ist, ist bekannt. Ob aber nicht bei der vertragsmäßigen Begründung des Miteigenthums nothwendig eine Societät anzunehmen, könnte nach l. 2 pr. comm. div. (10. 3) und l. 25 § 16 fam. erc. (10. 2) zweifelhaft erscheinen. Die Consequenz ist dagegen. Denn wenn das bloße gemeinschaftliche Haben kein Societätsverhältniß begründet, wie sollte letzteres eintreten, wenn der Wille der Parteien lediglich auf dies Haben gerichtet ist? Diese Consequenz wird denn auch in l. 31 pro socio (17. 2) anerkannt, und gerade die Girobank bietet uns für jenen auf ein bloßes Haben gerichteten Willen ein passendes Beispiel.

den kann. In derselben Weise könnten sonstige Miteigenthümer ihre Zahlungen unter einander bewerkstelligen. So wie nun aber, wenn die Metallmassen verschiedener Eigenthümer zusammengeschmolzen werden, selbst ohne deren Wissen und Wollen Miteigenthum entsteht, so auch hier, wenn ein neuer Interessent ohne Wissen der übrigen eintritt und durch Einlieferung von Barren, um im Bilde zu bleiben, sein Metall mit dem der übrigen confundirt. Daß bei der Girobank die auf Uebertragung seiner Quote oder eines Theils derselben gerichtete Willenserklärung des Miteigenthümers eine besondere Form angenommen hat; daß die Miteigenthümer das Umschreiben nicht selbst vornehmen, sondern dies sowie die ganze Verwaltung der Bank durch eine Bankdeputation besorgen lassen, ändert natürlich an der juristischen Structur des Verhältnisses nicht das Mindeste. Alle Rechtssätze, die in Bezug auf das Verhältniß gelten, erklären sich auf völlig befriedigende Weise aus dem angegebenen Gesichtspunkt und nur aus ihm. Was sollte es nun releviren, ob der Gesichtspunkt im Gesetz selbst ausdrücklich ausgesprochen ist oder, wenn dies nicht der Fall, ob derselbe dem römischen Recht entlehnt ist? Oder soll man etwa sich auf eine bloße Schilderung des Verhältnisses beschränken[19], eine juristische Erklärung desselben aber überall nicht versuchen? I. Jahrg. Bd. I.

Ich meine also, daß die Unterstellung eines modernen Verhältnisses unter einen römischen Gesichtspunkt an sich durchaus nicht beanstandet werden kann, und daß der Widerspruch dagegen nur dann berechtigt ist, wenn er zugleich den Vorwurf einer verfehlten Construction enthält, also wenn es z. B. an der vollkommen juristischen Deckung fehlt, oder dieselbe sich nur in höchst gezwungener, gekünstelter Weise bewerkstelligen läßt. Um aber ein solches Urtheil zu fällen, muß man sich auf den Standpunkt des S. 48.

---

19) So Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht § 388, Beseler, System des deutschen Privatrechts § 218.

I. Jahrg. Bd. I. heutigen deutschen Rechts stellen, es genügt mithin nicht, daß das Verhältniß im älteren deutschen Recht eine andere juristische Gestalt an sich trug. Was könnte es z. B. für die juristische Analyse des Begriffs der Autonomie im heutigen Recht verschlagen[20], daß für ihn in früherer Zeit die Idee einer legislativen Gewalt zu Hülfe genommen ward? Das römische Testament war in alter Zeit der Form wie der Sache nach ebenfalls eine lex, und manche Consequenzen dieses Gesichtspunktes erhielten sich noch zur Zeit der klassischen Juristen, aber wem von ihnen fiel es ein, darum für ihre Zeit das Testiren unter diesen Gesichtspunkt zu bringen? So darf auch die heutige Wissenschaft in der Autonomie einzelner Individuen (Mitglieder des hohen Adels und der ehemals reichsunmittelbaren Ritterschaft) kein legislatives Element mehr annehmen, sondern nur eine Steigerung derjenigen Autonomie, die man einem jeden Bürger zuschreiben kann, d. h. des Rechts der Begründung concreter Rechtsverhältnisse (seien letztere für vorhandene oder zukünftige Personen bestimmt). Wie könnte es ferner für die heutige Construction der Reallasten den Ausschlag geben, daß das ältere deutsche Recht bei ihnen von einer Gewere sprach? Ist die Gewere im heutigen Recht einmal abgestorben, so kann man dieselbe doch in der That weder als dogmatisches Erklärungsmittel benutzen, noch auch wenn
S. 49. es sich um die juristische Erklärung des Instituts mittelst der Begriffe, die uns das heutige Recht darbietet, handelt, die Gewere in die Wagschale werfen. Vom Standpunkt des heutigen Rechts erscheint vielmehr die Reallast als eine Verwirklichung des modernen Rechtsgedankens, in dem ich einen entschiedenen Fortschritt gegenüber dem römischen Recht erblicke, daß Forderungen sowohl activ (Papiere auf den Inhaber) als passiv (Reallasten) in der Weise mit einer Sache verknüpft werden können, daß der jedesmalige Inhaber (Besitzer, Eigenthümer) derselben zugleich das

20) Wie Gerber im Archiv für civil. Praxis Bd. 37 S. 35 ff. sie versucht hat.

jedesmalige Subject der (sei es bereits vorhandenen oder, wie ich annehme, erst durch Präsentation des Papiers oder Eintritt des Fälligkeitstermines bei der Reallast entstehenden)[21] Forderung werde. I. Jahrg. Bd. I.

21) Da ich bezweifle, ob es mir so bald möglich sein wird, die im Text angedeutete Ansicht über die Papiere auf den Inhaber näher auszuführen, und ich mich bisher von der Unrichtigkeit derselben nicht zu überzeugen vermocht habe, so möge es mir verstattet sein, den Kern meiner Ansicht mit Wenigem anzugeben. Ich erblicke in dem Papier nur das rechtlich gesicherte Mittel zur Begründung einer Obligation, nicht die Obligation selbst. Der Inhaber des Papiers befindet sich zur Obligation in derselben rechtlichen Lage, wie der Delat zur Erbschaft, beide haben das Recht (durch Präsentation, Antretung) die Obligation oder Erbschaft zu erwerben, nur daß dies Recht in dem einen Fall übertragbar, im andern Fall unübertragbar war. Bei den Römern gab es ein Mittel, die testamentarische Erbschaft schlechthin übertragbar zu machen, indem man statt des gewollten Erben dessen Sklaven einsetzte. Mit dem Sklaven konnte der Eigenthümer das Recht der Antretung der Erbschaft auf jeden Anderen übertragen. Der jedesmalige Eigenthümer des Sklaven war der jedesmalige Delat, und ich kenne kein Verhältniß des römischen Rechts, das ein passenderes Seitenstück zu unsren heutigen Papieren auf den Inhaber darböte. In beiden Fällen handelt es sich um eine durch die Sache (Sklave, Papier) ihrem Inhaber gewährte und mithin mit ihr übertragbare Möglichkeit, ein gewisses Rechtsverhältniß beliebig und jeder Zeit zu begründen. Ob man vor der Präsentation bereits eine Obligation als vorhanden annimmt oder nicht, ist praktisch, so weit ich sehe, auch nicht vom geringsten Einfluß. Denn erhebt der Inhaber dem Schuldner gegenüber seinen Anspruch, so entsteht damit sofort die Obligation. Vorher aber ist sie noch nicht nöthig, denn um das Papier zu verkaufen, verpfänden und selbst, so weit dies möglich, zu vindiciren, ist die Annahme einer bereits vorhandenen Obligation keineswegs erforderlich. So wenig wie der Eigenthümer des Sklaven bei dem obigen Verhältniß, wenn er letzteren vindicirte, damit juristisch die Erbschaft vindicirte, ungeachtet ihm diese Vindication mittelbar das Recht auf die Erbschaft sicherte, ebensowenig darf man in der Vindication des Papiers auf den Inhaber juristisch eine Vindication der Obligation finden. Der einzige Unterschied beider Verhältnisse, der aber die Vergleichbarkeit beider nicht im Wege steht, liegt darin, daß die Erwerbsmöglichkeit in dem einen Fall an das Eigenthum, im andern an das Innehaben der Sache geknüpft ist. Die Amortisation des Papiers auf den Inhaber erscheint als eine Restitution gegen den Verlust einer Erwerbs-

I. Jahrg. Bd. I. S. 50. Um nun auf den obigen Vorwurf des Romanisirens zurückzukommen, so erkenne ich denselben in dem angegebenen Sinn als vollkommen berechtigt an und will auch nicht in Abrede nehmen, daß er in manchen Fällen, in denen man ihn erhoben hat, nicht unverdient sein mag, wie ich denn z. B. den Versuch, die Papiere auf den Inhaber vom Boden des römischen Obligationenrechts aus zu construiren, wie Thöl[22] es neulich versucht hat, für unmöglich halte und nichts dagegen einwenden könnte, wenn man in diesem Fall von einem Romanisiren sprechen wollte. Um so entschiedener aber muß ich dagegen protestiren, wenn man die Richtung auf civilistische Construction, wie sie namentlich durch
S. 51. Thöl und Gerber in bedeutender Weise repräsentirt wird, schlechthin mit diesem Namen belegt. Denn was will diese Richtung anders, als eine juristische Gestaltung des einheimischen Rechtsstoffes, die Verwirklichung der juristischen Methode auf dem Gebiete des deutschen Rechts? Will man diese Methode, weil sie historisch zuerst bei den Römern zum Vorschein gekommen ist, die romanistische nennen, so wird die Jurisprudenz, so lange die Welt steht, eine romanisirende bleiben. Es gibt keine andere Methode, und so wenig es bei der mathematischen Methode etwas relevirt, ob sie uns von den Griechen oder Römern überliefert ist, ebensowenig bei der juristischen. Das wirkliche Romanisiren ist nicht eine Folge dieser Methode, sondern umgekehrt ein Verstoß gegen dieselbe, denn es verstößt gegen das höchste Gesetz derselben, die Erforschung und Anerkennung der juristischen Individualität des zu construirenden Verhältnisses. In jenem fälschlich so ge-

---

möglichkeit (Analogie im röm. Recht: transmissio hereditatis ex capite restitutionis in integrum). Das Datum des für die Obligation bestellten Pfandes (Pfandschein) ist nicht der Tag der Präsentation des Papiers, sondern der Tag der Ausstellung, was nach Grundsätzen des deutschen Pfandrechts, welches Eintragung einer Hypothek in personam incertam oder futuram zuläßt, keine Schwierigkeiten macht.

22) Handelsrecht, Band I Auflage 3 § 54^{a} u. f. [jetzt Auflage 5 § 222—232].

nannten Romanisiren liegt die ganze wissenschaftliche Zukunft des I. Jahrg. Bd. I.
deutschen Rechts, und es gibt kein sichereres Mittel, uns vom römischen Recht frei zu machen, als eben dieses. In demselben Maße, in dem uns die Anwendung dieses Mittels gelingt, wächst die juristische Anziehungskraft des deutschen Rechts und mindert sich das Uebergewicht des römischen. Es kömmt nur darauf an, dem juristischen Sinn und Bedürfniß innerhalb des deutschen Rechts überall dieselbe Befriedigung zu gewähren, wie sie an einer Partie desselben, dem Wechselrecht schon heutzutage möglich ist. Dies ist der wahre Weg, um das Uebergewicht des römischen Rechts moralisch zu brechen, während alle Appellationen an das nationale Gefühl, so lange der Jurist noch juristische Speise verlangt und sich nicht lediglich mit dem bloßen rohen Rechtsstoff oder mit Rechtsgeschichte abfinden läßt, wirkungslos bleiben werden. Dem römischen Rechte selbst die Waffen zu entnehmen, um es zu bekämpfen, das ist das wahre Mittel zur Befreiung, S. 52.
und so ließe sich der Wahlspruch unserer heutigen Jurisprudenz in den Satz fassen: durch das römische Recht über das römische Recht hinaus. Dies soll auch der Wahlspruch unserer Zeitschrift sein; in ihm haben sich die beiden Herausgeber[23]) zusammengefunden, und wer in ihm mit uns arbeiten will, den heißen wir freudig willkommen.

Ich habe im Bisherigen den Weg anzudeuten versucht, den unsre Zeitschrift sowohl für das römische als deutsche Recht einzuschlagen gedenkt. Dieser Weg ist uns bereits durch Andre vorgezeichnet, die Zeit drängt mehr und mehr in ihn hinein, und eben darauf stützen wir unsere Hoffnung, daß unser Unternehmen als ein zeitgemäßes erscheinen werde. Das Ziel selbst liegt freilich noch unendlich weit entfernt. Je mehr wir von dieser Ueberzeugung durchdrungen sind, um so weniger verhehlen wir uns, daß unsere Zeitschrift das Werk im günstigsten Fall nur um ein Kleines fördern wird, und um so mehr fühlen wir uns zu der

23) [Damals neben mir bis zum sechsten Bande C. F. von Gerber.]

I. Jahrg. Bd. I. Bitte veranlaßt, daß das Publikum unser Unternehmen mit Nachsicht aufnehmen, den gegenwärtigen Geleitsbrief aber, mit dem ich dasselbe in die Welt einführe, betrachten möge: nicht als das Maß, mit dem unsere Leistungen gemessen sein wollen, sondern als ein Programm, aus dem unser Streben entnommen werden soll.

II. Uebertragung der Reivindicatio auf Nichteigenthümer (Cession derselben, reiv. utilis, Connossement).

Von einer Uebertragung der reivindicatio auf Nichteigenthümer kann man im römischen Recht in einem doppelten Sinn sprechen, in einem formellen oder historischen, und in einem materiellen oder dogmatischen Sinn. Der Begriff der auf Herausgabe des Besitzes gerichteten specialis in rem actio existirte Jahrhunderte lang nur in einer einzigen Spezies, der reivindicatio. Als im Laufe der Zeit verschiedene andere Spezies hinzukamen, die act. hypothecaria, Publiciana, die in rem actio des Emphyteuta, erfolgte diese Erweiterung, wie es einmal in der Weise des römischen Rechts lag, in möglichst engem Anschluß an das Bestehende durch Uebertragung der reivindicatio oder eine reiv. utilis. Diese Uebertragung war hier aber etwas rein Formelles; materiell waren hier überall neue, von der reiv. sowohl in ihren Voraussetzungen als Wirkungen verschiedene Klagen geschaffen, und vom Standpunkt des heutigen Rechts aus wäre es verkehrt, hier von einer Ausübung der reiv. durch Nicht-Eigenthümer zu reden. Dagegen kennt auch noch das heutige Recht Fälle, in denen diese Bezeichnungsweise durchaus gerechtfertigt ist, die beiden Fälle der Uebertragung der reiv. durch Cession und durch Gesetz (reiv. utilis), und sie bilden den Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung.

I. Jahrg. Bd. I. S. 101.

S. 102.

I. Jahrg. Bd. I. Das Bedürfniß einer Bearbeitung dieses Gegenstandes möchte um so weniger in Zweifel zu ziehen sein, als derselbe von jeher sowohl von Seiten der römischen als modernen Jurisprudenz eine höchst stiefmütterliche Behandlung erfahren hat, eine Behandlung, die er weder durch mangelndes wissenschaftliches, noch praktisches Interesse verschuldet hat. Was unsere Quellen uns rücksichtlich seiner darbieten, beschränkt sich für den Fall der Cession auf eine bloße Erwähnung derselben, für die reiv. util. aber auf eine Aufzählung der einzelnen Fälle; an einer Theorie des Verhältnisses fehlt es in ihnen gänzlich. Die Literatur ist kaum minder dürftig zu nennen [1]), und das Verhalten der moder-
S. 103. nen Jurisprudenz zu der vorliegenden Frage gewährt mir einen schlagenden Beleg zu dem ihr in der ersten Abhandlung gemachten Vorwurf, daß sie sich vorzugsweise auf eine receptive Thätigkeit beschränkt habe. Da die Quellen das Verhältniß nicht genauer behandeln, so hat auch sie sich eines nähern Eingehens enthalten. Die Folge davon bestand aber nicht bloß darin, daß sie unsere Lehre um nichts gefördert, sondern daß sie dieselbe mit Irrthümern versetzt hat, die unsere Quellen, wenn man sie nur ohne Vorurtheil betrachten will, nicht verschuldet haben. Zu diesen Irrthümern gehört namentlich die Identificirung der reiv. util. mit

1) Dieser Tadel trifft nicht bloß das Hauptwerk über Cession, die bekannte Schrift von Mühlenbruch, sondern auch den Aufsatz von Puchta über die Cession im Rechtslexikon B. II S. 638. Während Letzterer die Cession der reiv. hier so wenig wie in seinem Lehrbuch der Pandekten nur einmal erwähnt (worin er freilich das Beispiel der meisten Lehrbücher für sich hat; nur wenige machen eine Ausnahme, so z. B. Arndts, Pandekten § 112 u. § 145 Note), hat Ersterer die Frage zwar an einigen Stellen seines Werks berührt (S. 18, S. 247 fl., S. 507), allein theils auch dies nur obenhin und ohne in das praktische Detail einzugehen, theils aber hat er sie unter einem Gesichtspunkt betrachtet, der als eine gänzliche Verkennung des Verhältnisses bezeichnet werden muß, nämlich unter dem eines obligatorischen Verhältnisses zwischen Cedent und Besitzer der zu vindicirenden Sache. Mühlenbruch kann sich von der Idee nicht frei machen, daß die Cession die Uebertragung eines Forderungsverhältnisses ist, während gerade der Fall der Cession einer reiv. ihn von der Irrigkeit derselben hätte überzeugen müssen.

dem Eigenthum, die wenigstens für gewisse Fälle zum unangefoch- I. Jahrg. Bd. I.
tenen Glaubenssatz geworden ist. Sodann die Ansicht, daß die reiv. util. auch in den Fällen, wo sie gegen den wahren Eigenthümer gegeben wird (ich nenne sie die reiv. util. im technischen Sinne), gegen dritte Besitzer der Sache gerichtet werden könne — eine Ansicht, von deren Richtigkeit man von jeher so überzeugt war, daß man nie darauf verfallen ist, sie einer Prüfung zu unterwerfen.

Ich werde im Folgenden zuerst die Cession und die zu ihr gehörende reiv. util. im vulgären Sinn (I), dann die reiv. util. im technischen Sinn behandeln und zwar zunächst die einzelnen Fälle derselben (II), sodann die Theorie dieser Klage (III) und schließlich den Gesichtspunkt der Cession der Vindication zur Construction eines modernen Verhältnisses benutzen, dessen befriedigende Erklärung meines Erachtens bisher noch nicht gelungen ist, nämlich des angeblichen Eigenthumsübergangs an der Waare durch Uebertragung des Connossements (IV).

I. Die Cession der Vindication.

In unsern Quellen wird dies Verhältniß nur in einigen S. 101.
wenigen Stellen erwähnt [2]), und das Einzige, was sich aus ihnen entnehmen läßt, würde etwa in den Sätzen bestehen: eine solche Cession ist rechtlich möglich, und sie kann rechtlich nothwendig, d. h. Gegenstand einer Verpflichtung sein — zwei Sätze, zu deren Annahme wir nicht eines positiven Zeugnisses bedürften. Denn was zunächst den ersteren anbetrifft, so würde auch bei gänzlichem Schweigen unserer Quellen die rechtliche

2) l. 21, 47, 63 de R. V. (6. 1), l. 35 § 4 de cont. emt. (18. 1) § 3. J. de emt. (3. 24), l. 9 Cod de her. vel act. vend. (4. 39), l. 25 § 8 Locati (19. 2), l. 39 de don. int. V. (24. 1), l. 14 pr. de furt. (47. 2), [l. 14 § 9 de serv. corr. (11. 3), l. 12 de re jud. (42. 1)], l. 31 pr. de act. emt. (19. 1).

I. Jahrg. Bd. I. Möglichkeit einer solchen Cession nicht in Zweifel gezogen werden können. Die Cession ist nach römischem Recht bekanntlich keine Uebertragung des Rechts selbst, sondern der Klage, und wenn man sie bei persönlichen Klagen zuließ, so ist nicht abzusehen, warum es bei dinglichen Klagen anders hätte sein sollen. Beide Arten der Klage konnte man durch einen procurator erheben und folglich, da die Cession ihrer ursprünglichen historischen Form nach nichts war als Bestellung eines procurator in rem suam, auch cediren. Ebenso unbedenklich und selbstverständlich muß der zweite Satz erscheinen. Kann der Eigenthümer die reiv. cediren, so kann er dies ebensowohl gezwungener- als freiwilligerweise thun, es kann also die Cession der Vindication Gegenstand einer Obligation sein, so z. B. auf Seiten des Verkäufers, wenn ihm die Sache ohne seine Schuld abhanden gekommen,

> l. 14 pr. de furt. (47. 2) . . . mandare eum plane oportebit emtori furti actionem et condictionem et vindicationem

S. 105. auf Seiten des Vermiethers, wenn z. B. dem Miether die Früchte vom Felde gestohlen oder des Deponenten, Commodanten u. s. w., wenn der Empfänger der Sache sie verloren und ihm dafür Entschädigung hat leisten müssen.

> l. 25 § 8 Locati (19. 2). Si fullo aut sarcinator vestimenta perdiderit, eoque nomine domino satisfecerit, necesse est domino vindicationem eorum et condictionem cedere.

So kann es auch im Vindicationsprozeß zur Cession der Klage kommen, wenn nämlich der Besitzer die Sache ohne seine Schuld verloren hat; theils von Seiten des Vindicanten an den Besitzer, wenn letzterer zur Leistung der Litis aestimatio verurtheilt wird,

> l. 63 de R. V. (6. 1). Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet aestimationem, audiendus erit a judice, si desideret ut adversarius actione sua cedat[3]);

---

3) Dagegen erwähnt Paulus in l. 47 de R. V. (6. 1) bei Besprechung desselben Verhältnisses die Cession der Vindication nicht, sondern legt dem Kläger die Caution auf: quod per se non fiat, possessionem ejus rei non traditum iri.

theils von Seiten des Besitzers an den Vindicanten, wenn jener I. Jahrg. Bd. I.
seit der Litiscontestation durch Usucapion Eigenthümer geworden ist.

l. 21 ibid. . . absolvendus est possessor, ut tamen, si interea eum usuceperat, actionibus suis cedat petitori.

Das, was wir in unsern Quellen über unser Verhältniß wirklich finden, ist also so gut wie werthlos, und das, was wir wissen möchten, erfahren wir nicht. Worin hat es nun seinen Grund, daß, während sie für die Cession der persönlichen Klagen ein so reiches Material darbieten, dasselbe für die Cession der Vindication so ungemein dürftig ist? Stellen wir die Frage von vornherein etwas anders, nämlich dahin: worauf beruht es, S. 106.
daß jene Art der Cession diese zweite in ihrer wissenschaftlichen Ausbildung so unverhältnißmäßig überflügelt, sie so gänzlich in den Schatten gestellt hat, so ist damit schon die Antwort gegeben. Das Bedürfniß einer Uebertragung des Rechts ließ sich bei der Obligation nur auf indirektem Wege befriedigen — durch Uebertragung der Ausübung des Rechts in Form der Cession der Klage — bei dem Eigenthum hingegen auf direktem, durch Tradition, Mancipation u. s. w. Während also die Cession der Klage sich bei der Obligation als das einzige Mittel darstellte, hatte dasselbe beim Eigenthum ein anderes ungleich vollkommneres neben sich, und nur in dem Fall lag auch hier ein Anlaß, sich desselben zu bedienen, vor, wo die Anwendung des vollkommneren nicht möglich war, d. h., wo der Eigenthümer nicht tradiren konnte, weil er den Besitz verloren hatte, ja dasselbe war sogar nur in diesem Fall denkbar, denn wenn der Eigenthümer selbst besaß, gab es keine reiv., die er hätte cediren können. So war und ist die Anwendbarkeit der Cession der reiv. eine unendlich beschränktere, als die der persönlichen Klagen; sie setzt stets den Nichtbesitz des Eigenthümers voraus. Innerhalb dieser engeren Grenzen ist sie aber durchaus praktisch, ja, insoweit sie als nothwendige vorkommt, absolut unentbehrlich. Haftet nämlich der Eigenthümer nicht schlechthin auf Tradition, sondern nur

I. Jahrg. Bd. I. insofern als er sie beschaffen kann, m. a. W. liegt der Grund seiner Haftung lediglich darin, daß er etwas hat[4]), so beschränkt sich seine Verpflichtung auf die Cession der Klage, da die Klage das Einzige ist, was er in Händen hat, so z. B. in dem Fall der oben citirten l. 63 de R. V. (6. 1). Aber auch da, wo die
S. 107. Verpflichtung von vornherein auf Tradition gerichtet ist, wie z. B. beim Kaufcontract, kann sich dieselbe dadurch, daß der Verpflichtete den Besitz schuldloser Weise verliert, hinterher auf bloße Cession der Vindication reduciren. Die Klage tritt hier an die Stelle der Sache, sie erscheint, so zu sagen, als das juristische Residuum, welches nach Verlust der Sache in seiner Person noch übrig geblieben ist; die l. 21 i. f. de her. vend. (18. 4) führt als Analogie an: nam et aream tradere debet exusto aedificio. Jeder, der einem Andern auf eine Sache haftet, ist **mindestens** verpflichtet, ihm die Vindication zu cediren. Eine interessante Consequenz dieses Gesichtspunktes entwickelt die l. 35 § 4 de cont. emt. (18. 1). Nach dieser Stelle soll nämlich der Verkäufer, wenn die verkaufte Sache eine fremde und dadurch die Benutzung jenes Mittels im Fall des unverschuldeten Verlustes des Besitzes der Sache ausgeschlossen ist, aus diesem Grunde verurtheilt werden: cum is nullam vindicationem aut condictionem habere possit, ob id ipsum damnandus est, quia, si suam rem vendidisset, potuisset eas actiones ad emtorem transferre. Daß aber auch die Möglichkeit einer freiwilligen Cession von hoher praktischer Wichtigkeit ist, bedarf wohl keiner Ausführung. Um abzusehen von dem Fall, wo bei verschuldetem Verlust der Sache von Seiten des Verpflichteten der Berechtigte es vorzieht, selbst als Vindicant aufzutreten, weil dies z. B. zur Abkürzung dient, so kann es Verhältnisse geben, wo nichts übrig bleibt, als von vornherein den Contract nicht auf Tradition der Sache, sondern auf die Cession der Vindication zu stellen. Man

---

4) S. darüber meine Abhandlungen aus dem röm. R. Leipzig, 1844. S. 30 u. fl.

nehme an, es will Jemand wegen plötzlicher Flucht oder Aus- I. Jahrg. Bd. I.
wanderung sein ganzes Vermögen versilbern, ein Theil desselben
befindet sich aber in Händen dritter Besitzer. Eine Tradition ist
hier hinsichtlich der letzteren Sachen nicht möglich, der Verkäufer S. 108.
kann und will auch eine Verpflichtung dazu nicht übernehmen;
hier bleibt nichts übrig, als statt der Sachen die Klagen zu verkau-
fen, so daß also der Käufer dieselben auf eigne Gefahr und Kosten
anstellt. Ein anderes interessantes Beispiel der freiwilligen Cession
werden wir am Ende der Abhandlung im Connossement kennen
lernen. Hier dient das Cessionsdocument dem Verkehr praktisch
als juristisches Surrogat der Sache, d. h. er überträgt letzteres
statt der Waare; wer das Connossement in Händen hat, ist legi-
timirt, als Vindicant aufzutreten, kann sich praktisch als Eigen-
thümer geriren, ungeachtet der Besitz und damit das Eigenthum
der Waare noch nicht auf ihn übergegangen ist.

Eine Theorie der Cession der Vindication ist daher in der
That ein praktisches Bedürfniß. Das römische Recht hat nun
zwar eine solche nicht ausdrücklich aufgestellt, allein es gewährt
uns die nöthigen Anhaltspunkte, um sie uns auf dem Wege der
juristischen Analyse aus den beiden Begriffen, welche hier zusam-
mentreffen, der Vindication und Cession, zu construiren.

Die Cession ward bei den Römern bekanntlich in die Form
eines mandatum ad agendum, d. h. der Bestellung eines Prozeß-
Procurators eingekleidet. Allein schon in Rom selbst ward diese
Form bald eine bloße Form, man ließ eine Consequenz des Man-
dats nach der andern fallen, und in der rechtlichen Stellung des
Cessionars arbeitete sich der richtige Gesichtspunkt, der zugleich
den Cessionar vom Prozeßprokurator unterscheidet, der des eignen
Rechts mehr und mehr durch. So wenig wie das Verkaufsrecht
des Pfandgläubigers sich unter den Gesichtspunkt eines Auf-
trages zum Verkauf bringen läßt, ebensowenig das Recht des
Cessionars unter den Gesichtspunkt eines Auftrages zur Klage.
Während das wirkliche Mandat eine Pflicht und darum wider- S. 109.

I. Jahrg. Bd. I. ruflich ist und mit dem Tode der einen oder andern Partei untergeht, ist in jenen beiden Fällen ein *Recht* vorhanden, mithin nicht nur der Widerruf ausgeschlossen, sondern auch der Untergang desselben durch den Tod der Parteien.

Trotz dieser Unabhängigkeit des Cessionars vom Cedenten ist aber andererseits sein Recht ein beschränktes, denn den Inhalt desselben bildet nicht das *Recht* des Cedenten, sondern nur das der gerichtlichen *Geltendmachung* dieses Rechts. Mit dem *Recht* dauert aber in der Person des Cedenten auch das *Klage*recht fort, und wenn er sich gleich noch so sehr der eignen Ausübung desselben enthalten *soll*, so ist ihm dieselbe doch nicht juristisch unmöglich gemacht, er kann mithin das Recht des Cessionars, zwar nicht direct durch Widerruf der Cession, aber indirect durch Anstellung der Klage oder durch Aufhebung des derselben zu Grunde liegenden Rechts, z. B. durch Verzicht, Entgegennahme der Zahlung u. s. w., vereiteln. Daß der Cessionar sich bei *persönlichen* Klagen durch eine Denunciation an den Schuldner gegen derartige nachtheilige Einwirkungen des Cedenten schützen kann, ist eine Begünstigung, eine Abweichung von der strengen Consequenz des Begriffs.

Wenden wir jetzt diese allgemeinen aus dem Wesen der Cession sich ergebenden Grundsätze auf die Cession der Vindication an, so gelangen wir zu folgender Theorie. An die Spitze stellen wir den Satz:

> *der Cessionar übt das Klagrecht des Cedenten aus, aber vermöge eignen Rechts.*

Darin liegt zweierlei, nämlich

1) *es ist das Klagrecht des Cedenten, welches er ausübt.* Es gilt mithin von seiner Klage ganz dasselbe, was
S. 110. von der des Cedenten gelten würde, z. B. rücksichtlich des Beweises [5]), rücksichtlich der Einreden des Beklagten, namentlich

---

5) Wie der Eigenthümer selbst zur Erleichterung des Beweises sich der

der Einrede der Klagverjährung u. s. w. Wenn also im Mo- I. Jahrg. Bd. I.
ment, wo der Cessionar die Klage erhebt, der Cedent nicht mehr klagen könnte, weil z. B. der Besitzer die Sache usucapirt hat, so ist damit auch seine Klage unmöglich geworden. Dasselbe muß folglich auch dann gelten, wenn der Eigenthümer selbst inzwischen den Besitz der Sache erhalten oder sich des Eigenthums zu Gunsten eines Andern entäußert hat. Im ersten Fall ist er zwar noch Eigenthümer geblieben, allein da er zugleich Besitzer ist, so ist die reiv. eine juristische Unmöglichkeit geworden, im zweiten Fall aber ist mit dem Eigenthum auch die reiv. hinweggefallen, und wo die Klage nicht mehr existirt, kann auch von einer Anstellung derselben durch den Cessionar keine Rede sein.

Es ergibt sich hieraus, wie unsicher das Recht des Cessionars ist. Es charakterisirt sich durch seine dauernde Abhängigkeit von den Voraussetzungen in der Person des Cedenten. Die Lage des Cedenten hat sich dritten Personen gegenüber um nichts verändert, er behält seine Klage sowie sein freies Veräußerungsrecht und hat mithin die Mittel in Händen, das Recht des Cessionars zu vereiteln. Die Cession hat also nicht die Klage von dem einen auf den andern übertragen, sondern sie verdoppelt oder richtiger statt einer Person zwei Personen die Möglichkeit zu klagen verschafft. Man könnte es mit der Aufnahme eines neuen Gläubigers in die Obligation vergleichen, welche ebenfalls, obgleich sie diesem die Möglichkeit der Klage gewährt, doch dem bisherigen Gläubiger S. 111.
dieselbe nicht entzieht, und daß in diesem Fall die Klage jedem von beiden direct aus seiner Person zusteht, während der Cessionar nur das Recht der Anstellung aus der Person des Cedenten hat, ein fremdes Recht ausübt.

Wir haben uns mithin die Cession der Vindication keineswegs als eine Ablösung der Klage von der Person des Eigenthü-

---

act. Publiciana bedienen kann, so auch der Cessionar, ohne daß es dazu einer besonderen Erwähnung der Publ. im Cessionsdokumente bedürfte.

I. Jahrg. Bd. I. mers zu denken. Rücksichtlich der Vindication ist dies freilich in unsern Quellen nirgends gesagt, allein bei der Cession persönlicher Klagen behält der Cedent sein Klagerecht bei, und es wird wohl kaum beanstandet werden, daß wir hierin nichts Besonderes für eine Art der Cession, sondern eine Consequenz des Gattungsbegriffes: Cession zu erblicken haben. Bei der letztern Art der Cession tritt aber mit der Denunciation eine solche Ablösung in
S. 112. der That ein [6]), das Recht des Cedenten ist praktisch beseitigt, das Recht des Cessionars hat dasselbe absorbirt. Dürfen wir nun bei der reiv. dasselbe annehmen, läßt sich auch hier die fernere Wirksamkeit des Rechts des Cedenten durch eine Denunciation des Cessionars an den Besitzer der Sache ausschließen? Ich glaube nicht. Nicht als ob ich die juristische Möglichkeit und legislative Denkbarkeit einer solchen Gestaltung des Verhältnisses bezweifeln

---

6) Soll man sagen: die cedirte Klage ist fortan bloß gegen die nachtheiligen Einwirkungen des Cedenten geschützt, oder aber, wie ich es thue, sie ist von der Fortdauer der Obligation selbst unabhängig geworden? Der Sinn der Frage ist folgender. Die Obligation kann auch ohne eine Disposition des Cedenten untergehen, z. B. durch Confusion, wenn der Schuldner den Cedenten beerbt. Je nachdem man sich für die eine oder andere Auffassung erklärt, ist das Recht des Cessionars untergegangen oder dauert fort. Ich nehme letzteres an, und der juristische Ausdruck für diese Annahme ist Unabhängigkeit der cedirten Klage von der Fortdauer der Obligation — ein ähnliches Verhältniß, wie es bei dem constitutum vorkommen kann l. 18 § 1 de const. pec. (13. 5) . . . si quid tunc debitum fuit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilominus tenet constitutum, quia retrorsum se actio refert. Das Vorhandensein einer Obligation ist ein transitorisches, kein immanentes Requisit des Constitutum, ähnlich wie das Eigenthum des Verpfänders für das Pfandrecht. Mit der Denunciation tritt an die Stelle der alten, theoretisch noch fortdauernden Obligation eine neue, von ihr völlig unabhängige, und die praktische Kraft der Obligation ist so sehr auf letztere übergegangen und erstere so sehr zu einem rein doctrinellen Schatten geworden, daß, wenn z. B. der Cessionar auf sein Recht verzichtete, dies nur dem Schuldner zu Gute käme, nicht aber die Forderung des Cedenten, wie nach dem Wegfall eines Hindernisses der Geltendmachung, zu neuer Kraft erwachte. Das Recht des Cedenten nach der Denunciation ist ein nudum jus Quiritum, das die heutige Theorie alle Ursache hätte aufzugeben.

wollte; eine neuere Gesetzgebung könnte sich des Gedankens viel- I. Jahrg. Bd. I.
leicht mit Erfolg bemächtigen. Die Abweichung von der ursprünglichen Natur der reiv. wäre hier kaum größer, als eine andere, die das römische Recht in der That zugelassen. Der Besitz in der Person des Beklagten ist für diese Klage nicht minder wesentlich, als Eigenthum in der des Klägers. Wenn nun das römische Recht für den Fall der dolosen Aufgabe des Besitzes die reiv. von dem Requisit des gegenwärtigen Besitzes entbunden und sie auf Grund des früheren Besitzes hin in der Person des Beklagten fixirt hat, so wäre es nicht minder denkbar, daß es für den Fall der Cession die Existenz der Voraussetzungen in der Person des Cessionars im Moment der Denunciation für genügend, den spätern Wegfall derselben (Aufgabe des Eigenthums von Seiten des Cedenten) für gleichgültig erklärt hätte. Es wäre dies nach beiden Seiten hin die äußerste Sublimirung, deren die reiv. fähig wäre. Das reale Vorhandensein ihrer Voraussetzungen, des Eigenthums beim Kläger, des Besitzes beim Beklagten, wäre hier auf einen Moment in der Vergangenheit geworfen, und da- S. 113.
durch eine reiv. von Seiten eines Nichteigenthümers gegen einen Nichtbesitzer möglich geworden. Eine solche Gestaltung der Cession der Vindication würde es dem Verkehr möglich machen, die reale Uebertragung und Circulation der Güter durch Uebertragung der Klage, also durch eine rein juristische Operation zu ersetzen, in ähnlicher Weise wie er die reale Uebersendung des Geldes durch juristische Surrogate wie Wechsel, Anweisungen u. s. w. entbehrlich macht. Die Denunciation an den Besitzer der Sache würde genügen, den Cessionar juristisch ebenso sicher zu stellen, als es durch Uebertragung des Eigenthums an einer factisch in fremdem Gewahrsam verbleibenden Sache nur irgend möglich wäre. Findet die Denunciation bei dieser Art der Cession nicht Statt, so bleibt auch so immerhin noch ein solches Uebertragen der Vindication von dem Einen auf den Andern praktisch denkbar und vortheilhaft, allein die Sicherheit der ganzen Operation beruht dann lediglich auf der Redlichkeit des Eigenthümers, da letzterer, wenn er will, den

I. Jahrg. Bd. I. Erfolg der cedirten Klage durch Veräußerung der Sache vereiteln kann.

So sehr also unser Verhältniß dem Bisherigen nach an Festigkeit und innerer Abrundung gewinnen würde, wenn wir auch hier die Denunciation mit ihren bekannten Wirkungen für statthaft erklärten, so halte ich es doch nicht für zulässig. Ich kann nämlich die Denunciation nicht anders auffassen, denn als ein nur bei der Cession der Forderung gebotenes und nur dieser einzelnen Art der Cession eigenthümliches Sicherungsmittel. Daß unsere Quellen der Denunciation bloß mit Rücksicht auf Forderungen gedenken, würde mich nicht abhalten; eine analoge Ausdehnung würde, wenn sonst nur die
S. 114. Voraussetzungen derselben vorhanden wären, in diesem Fall um so mehr am Platz sein, als unsere Quellen uns auch anderwärts durch ihr Schweigen über die Cession der Vindication zur Benutzung dieses Hülfsmittels zwingen. Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß die Voraussetzungen der analogen Ausdehnung hier vorliegen. Die Denunciation ist keine Consequenz des reinen Cessionsbegriffs, sondern eine Abweichung von demselben. Bei der Cession der persönlichen Klagen mußte diese Abweichung geboten erscheinen, denn sollte die Cession der Klage, wie es ja der Zweck war, praktisch eine Uebertragung der Forderung selbst bewerkstelligen, so bedurfte es einer Sicherung des Cessionars gegen die ferneren Dispositionen des Cedenten. Ganz anders bei der Cession der Vindication. Für die Uebertragung des Eigenthums gewährt ja das Recht ein directes Mittel, die Tradition, es verweist also den Verkehr nicht, wie dort, ausschließlich auf den Weg der indirecten Uebertragung durch die Klage, und es kann mithin die Zumuthung, diesen Weg besonders zu ebnen und auf ihn einen Rechtssatz zu übertragen, der weder durch das Bedürfniß geboten, noch mit dem Begriff der Cession gegeben ist, zurückweisen. Was die Tradition beim Eigenthum, soll die Denunciation bei der Forderung; sie hat in dem Zweck der praktischen Uebertragung einer Forderung, nicht in dem dafür allein zu Gebote

stehenden juristischen Mittel, der Cession der Klage ihren Grund. I. Jahrg. Bd. I.
Es ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß das Verhältniß der Klage zum Recht in beiden Fällen ein höchst verschiedenes ist. Während bei der Forderung die Klage das Recht fast ganz in sich aufgenommen hat, in dem Maße, daß die Anstellung derselben nach Grundsätzen des römischen Prozesses das Recht selbst tilgte und neu wiedererzeugte, die Cession einer persönlichen Klage mithin den schließlichen Uebergang der Forderung auf den Cessionar be- S. 115.
wirkte, verhält sich dies beim Eigenthum bekanntlich ganz anders. Die Differenz zwischen Klage und Recht ist hier ungleich größer, die Litis-Contestation im Vindicationsprozeß des Cessionars bewirkt rücksichtlich des Eigenthums selbst keine Veränderung; der Cedent behält es auch jetzt noch und würde es auch, ohne daß er die Sache selbst besitzt, z. B. durch Legat auf einen Andern übertragen können. Eine Entziehung der Klage gegen den Denunciaten beraubt den Cedenten einer Forderung praktisch seines Rechts; der Zweck der Ausschließung des Gläubigers und aller Andern, auf die er später die Ausübung des Rechts übertragen wollte, ist durch den Akt der Denunciation an den Einen Schuldner vollkommen erreicht. Wie ganz anders bei der reivindicatio! Denn gesetzt, es würde der Eigenthümer durch die Denunciation an den jetzigen Besitzer ihm gegenüber von der Geltendmachung seines Rechts ausgeschlossen, — wie, wenn die Sache ohne Schuld des Besitzers in fremde Hände kömmt, oder der Eigenthümer die Sache verpfändet? Kurz, das Verhältniß bei der einen und andern Art der Cession ist zu verschieden, als daß man Alles, was von der einen gilt, auch auf die andere übertragen dürfte.

Daß die Denunciation nichtsdestoweniger auch bei der Cession der dinglichen Klage rathsam sein kann, steht dem nicht entgegen. Sie kann dem Cessionar möglicherweise nicht bloß als factisches Sicherungsmittel gegen eine Vindication des Cedenten dienen, sondern auch dem Besitzer gegenüber als Schutzmittel gegen dolose Alienationen. Allein sie fungirt hier dann nicht als Denunciation im juristischen Sinn.

I. Jahrg. Bd. I. Das Resultat der bisherigen Untersuchung besteht also darin: das Recht des Cessionars ist ein höchst unsicheres, es kann bis zur
S. 116. wirklichen Klagerhebung vom cedirenden Eigenthümer jederzeit vereitelt werden. Wie aber, wenn der Cessionar bereits Klage erhoben hat? Auch jetzt ist er noch nicht Eigenthümer, denn er wird es erst, wenn überhaupt die Cession den Zweck hatte, ihm Eigenthum und nicht etwa bloß Besitz [7]) zu verschaffen durch die wirkliche Herausgabe der Sache. Auch jetzt also kann der Cedent den Erwerb des Eigenthums dadurch verhindern, daß er dasselbe dem Besitzer und Beklagten oder, soweit es ohne Besitzübertragung möglich ist, einem Andern überläßt. Wenn nun immerhin der Cessionar später den Besitz erlangte, so würde doch die Voraussetzung des Eigenthumserwerbs — das Eigenthum des Autors im Moment der Besitzergreifung — hinweggefallen sein. Nur gegen eine Möglichkeit der Elidirung seines Rechts würde er von jetzt an unzweifelhaft in Schutz zu nehmen sein (die Thatsache der unbedingten und unwiderruflichen Cession der reiv. vorausgesetzt), wenn nämlich, nachdem er bereits Klage erhoben, der cedirende Eigenthümer selbst oder ein anderer Cessionar mit der Vindication auftreten wollte. Die reiv. des Cedenten und mithin aller andern Cessionare, die bis dahin eine ihnen allen offenstehende Möglichkeit war, wäre jetzt, so zu sagen, consumirt. Wenn beide gleichzeitig auftreten, müßte ebenfalls der Cessionar dem Cedenten, und der erste Cessionar dem zweiten vorgehen.

Die bisherige Erörterung hatte den Zweck, die Consequenzen des oben angestellten Satzes zu entwickeln, daß der Cessionar das Klagerecht des Cedenten ausübt. Wir wenden uns

2) dem Satz zu, daß er es vermöge eignen Rechts
S. 117. ausübt. Dieser Satz bedarf jedoch keiner weiteren Ausführung, denn nach dieser Seite kommen ganz die gewöhnlichen Grundsätze zur Anwendung; für diesen Gesichtspunkt ist die Verschiedenheit

---

7) Davon unten; hier nur als Beispiel, daß der Eigenthümer ein Prekarium durch Cession der reiv. vermitteln kann.

des Gegenstands der Cession, ob die Klage eine persönliche oder I. Jahrg. Bd. I. dingliche ist, vollkommen gleichgültig. Der Gesichtspunkt des eignen Rechts schließt auch für die Cession der reiv. die Anwendung der Mandatstheorie aus, namentlich also die Möglichkeit eines Widerrufs von Seiten des Cedenten, Einfluß des Todes u. s. w. Daraus folgt jedoch nicht, daß nicht auch eine solche Cession, wie andere Rechtsgeschäfte unter Vorbehalt des Widerrufs möglich ist, also z. B. wenn sie nur zum Zweck der Verschaffung eines precario versprochenen Besitzes oder auf Grund eines mit dem pact. displicentiae versehenen Kaufcontracts vorgenommen wird. Mit dem Widerruf des Prekariums oder der Ausübung des Reurechts würde hier natürlich auch die Cession rückgängig gemacht. Die Möglichkeit des Widerrufs würde hier aber nicht in dem Wesen der Cession, sondern in dem Willen der Interessenten ihren Grund haben. Abgesehen nun von einem solchen Fall ist der Widerruf des Cedenten, möge er dem Cessionar oder dem Besitzer der Sache gegenüber versucht sein, völlig unwirksam. Wie aber, wenn der Cedent auf die oben bezeichnete indirecte Weise das Recht des Cessionars vereitelt hat? Liegt schon in dem Akt der Cession als solchem ein obligatorisches Moment, welches den Cedenten in diesem Fall haftbar macht, oder müssen wir zu dem Zweck auf das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft (die causa cessionis), z. B. den Verkauf der Sache, rekurriren? Ich glaube nicht. Denn so wenig sich immerhin die Frage von der Haftung des Cedenden aus der Cession als solcher, sondern nur aus der causa beantworten läßt[8]), so schließt doch schon der Gesichtspunkt eines durch die Cession auf den Cessionar übertragenen S. 118. Rechts die Verpflichtung des Cedenten in sich, ihm dasselbe weder

---

8) Das Verdienst, diesen von Andern bereits aufgestellten Gesichtspunkt mit aller Consequenz und Schärfe durchgeführt zu haben, hat sich A. Schliemann in seiner wenig bekannt gewordenen (vielleicht weil im Jahre 1848 und in Commission erschienenen) Schrift: Die Haftung des Cedenten, ein Beitrag zur Lehre von der Cession. Rostock, 1848 erworben. Ich ergreife gern die Gelegenheit, auf diese Schrift aufmerksam zu machen.

I. Jahrg. Bd. I. direct, noch indirect zu entziehen, und so würde z. B. auch der Schenker, der sich der Cession der reiv. zur Vermittlung der Schenkung bedient hätte, ungeachtet er für die Eviction der geschenkten *Sache* nicht haftete, dennoch *diese* Verpflichtung anzuerkennen haben. In der Anstellung der reiv. von Seiten des Cedenten kann aber nicht schlechthin eine Verletzung dieser Verpflichtung gefunden werden, es ist ja möglich, daß der Eigenthümer sich dazu gerade im Interesse des Cessionars entschloß, also als neg. gestor handelte. Man nehme z. B. an, daß die Sache gestohlen war und jetzt am Wohnort des Cedenten zum Vorschein kommt, während der Cessionar abwesend ist. Daß der Cedent dem Besitzer gegenüber berechtigt ist, sie zu vindiciren, bedarf keiner Bemerkung, und ebensowenig, daß er durch eine Vindication im Interesse des Cessionars das Recht des letzteren nicht verletzt.

Wie der Cessionar bei einer persönlichen Klage, so wird er auch bei der reiv. sein Recht durch weitere Cession auf einen Andern übertragen können. Der Erfolg der wirklichen Anstellung der Klage wird auch in der Person der späteren Cessionare derselbe sein müssen, wie in der des ersten Cessionars, denn die Klage ist ja nur das Mittel, das beabsichtigte *Verhältniß* an
S. 119. der Sache selbst zu begründen, und da die Möglichkeit einer solchen Begründung (möge das Verhältniß selbst Eigenthum, Besitz, Detention sein) durch *Stellvertreter* realisirt werden kann, so läßt sie sich auch auf Andere als *Recht* übertragen.

Worin besteht nun der schließliche Erfolg der vom Cessionar angestellten reiv.? Diese Frage beantwortet sich nach der Absicht der Parteien oder dem Zweck der Cession. Der Zweck kann bestehen in Vermittlung einer *Eigenthums*übertragung. Die Cession hat hier die Bedeutung einer dem Cessionar gegebenen Ermächtigung, sich die Sache zu holen; es ist also eine Tradition beabsichtigt, und es geht mithin mit erlangtem Besitz auch das Eigenthum auf den Cessionar über[9]). Der Zweck kann aber

---

9) l. 6 de donat. (39. 5) . . . quasi traditio enim facta videtur,

auch bloß auf Besitzübertragung gerichtet sein, so z. B. bei dem I. Jahrg. Bd. I.
Verkauf der Sache, wenn nicht auf Credit gehandelt oder ein pact. reservati dominii hinzugefügt war, so ferner in dem bereits erwähnten Beispiel des Precarium. Ja, es kann endlich dem Cessionar bloß die Detention zugedacht sein, z. B. wenn dem Commodatar oder dem Miether die Klage cedirt ist. Für den Besitzer der Sache macht dies begreiflicherweise keinen Unterschied; er leistet an den Cessionar ganz so, wie an den Eigenthümer.

Schließlich verdient noch die Bemerkung einen Platz, daß nach neuerm römischen Recht ein mandatum ad agendum ebensowenig bei der Cession dinglicher, als bei der persönlicher Klagen nothwendig ist. Zu Justinian's Zeit schien man dies bezweifelt zu haben, und Justinian fand es nöthig, diese Zweifel durch eine eigne Constitution, die l. 9 Cod. de her. vel act. vend. (4. 39) zu beseitigen. Nach Analogie des Käufers einer persön- S. 120.
lichen Klage, sagt er hier, solle auch dem einer dinglichen Klage (ohne Cession) eine utilis actio zustehen. Die utilis actio ersetzt hier nur den Akt einer ausdrücklichen Cession, im Uebrigen ist die Klage ganz als cedirte zu behandeln. Völlig verschieden von einer solchen reiv. util. ist aber diejenige, die wir im Folgenden kennen lernen werden; der Gesichtspunkt einer fingirten Cession ist bei letzterer ebenso unmöglich, wie bei jener nothwendig. Wo unsere Quellen den Ausdruck reiv. util. gebrauchen, verstehen sie darunter immer die letztere, ohne daß ich aber damit bestreiten will, daß derselbe nicht auch in jener andern Bedeutung durchaus römisch ist. Denn warum sollte nicht utilis bei dinglichen Klagen dasselbe haben bedeuten können, wie bei persönlichen? Zur Unterscheidung einer solchen reiv. util. im allgemeinen oder vulgären Sinn möchte ich vorschlagen, diejenige, die in unsern Quellen allein mit diesem Namen bezeichnet wird, die reiv. util. im technischen oder besondern Sinn zu nennen oder den Ausdruck schlecht-

---

cum eximitur domini voluntate. l. 47 de R. V. (6. 1) . . . si res absens sit, tunc cum possessionem ejus . . . nactus sit.

I. Jahrg. Bd. I. hin auf letztere zu beschränken, wie ich dies im Folgenden der Kürze wegen thun werde, dagegen die andere Art durch irgend einen Beisatz auszuzeichnen. In der angegebenen Constitution spricht Justinian zwar von act. in rem utilis, allein nicht von reiv. util., und es ist mir kein Beispiel bekannt, wo der letztere Ausdruck in unsern Quellen in einem andern Sinn gebraucht würde, als in dem wir ihn jetzt kennen lernen wollen.

II. Die Reivindicatio utilis. — Die einzelnen Fälle derselben.

Die quellenmäßige reiv. util. ist nichts weniger, als die
S. 121. durch stillschweigende Cession oder sog. cessio legis auf einen Andern übertragene Klage des Eigenthümers. Wäre sie dies, so müßte sie gegen dieselben Personen angestellt werden können, allein weit entfernt davon, daß sie gegen dritte Besitzer ginge, richtet sie sich nur gegen eine Person, gegen die die reiv. directa oder cessa absolut undenkbar ist, gegen den Eigenthümer selbst. So viel möge vorläufig zur ersten Einführung unserer Klage genügen; um näher auf sie einzugehen, wird es nöthig sein, die Anwendungsfälle, in denen sie in unsern Quellen erscheint, und damit das Material, das letztere uns für die Gewinnung einer Theorie dieser Klage darbieten, zusammenzustellen. Wir können aber auch dies nicht thun, ohne schon vorher gegen einen Irrthum zu warnen, der wenigstens bei manchen dieser Fälle nicht selten begangen ist, nämlich die Identificirung des Rechts der reiv. util. mit dem Eigenthum. So geben Manche z. B. dem Soldaten und Mündel an den mit ihrem Gelde gekauften Sachen das Eigenthum [10]), so

10) So z. B. Schweppe, Röm. Privatrecht § 242. Puchta, Pandekten § 149. Arndts, Pandekten Aufl. 2 § 145 Anm. 3 läßt mit Puchta „Jemanden ausnahmsweise für einen andern erwerben, ohne daß er dessen Stellvertreter sein wollte.“ Andere drücken sich theils mehr oder weniger richtig aus, z. B. Wening-Ingenheim, Lehrbuch § 121, Göschen, Vorlesungen § 234 (der aber freilich, nachdem er das wahre Sachverhältniß angegeben, das dem Soldaten ertheilte Privilegium so faßt: er könne, wenn

läßt man ganz allgemein an den bei der Auflösung der Ehe vorhandenen Dotalsachen das Eigenthum auf die Frau zurückfallen, ungeachtet Justinian auch hier nur eine reiv. util. gewährt hat. 1. Jahrg. Bd. I. S. 122.

Indem ich mich jetzt den einzelnen Fällen der reiv. util. zuwende, erinnere ich an die Bemerkung am Anfang der Abhandlung über die richtige Abgrenzung unseres Themas. Es kommen in den Quellen, wenn ich sonst keinen Fall übersehen habe, im Ganzen 9 Anwendungsfälle unserer Klage vor. So verschieden dieselben im Uebrigen auch sind, so lassen sie sich doch auf einige Hauptgesichtspunkte zurückführen.

In einigen dieser Fälle handelt es sich um Rückgabe einer Sache, und dem Berechtigten wird hier neben der persönlichen Klage, die ihm auf Grund der Hingabe zusteht, und zur Verstärkung derselben (s. III) die reiv. util. gewährt. Hätte die römische Jurisprudenz unsere heutige Lehre über die Tradition unter einer Resolutivbedingung gekannt, gegen deren praktische Gültigkeit ich übrigens, da sie sich gewohnheitsrechtlich festgesetzt hat, keinen Einspruch erheben will, es würde in jenen Fällen einer reiv. util. nicht bedurft haben. Allein für so unzweifelhaft ich es halte, daß das römische Recht bei dem Kaufcontract und der don. mort. causa eine wirkliche (d. h. den Eigenthumsübergang rückwärts und unmittelbar vernichtende) Resolutivbedingung anerkannt, so scheint es mir doch nicht weniger gewiß, daß dasselbe bei allen anderen Verhältnissen sich eines anderen unvollkommeneren Mittels bedient hat, man könnte es die unächte Resolutivbedingung nennen. Der Eintritt der Bedingung, mit der

---

er wolle, die Sache als die seinige betrachten!), von Vangerow, Leitfaden § 332 Anm. 3 (Aufl. 6 S. 737 fl.), Sintenis, Civilrecht § 52 Note 7 (der aber, obgleich er nur die reiv. util. gewährt, doch „das Eigenthum als durch den nunmehrigen Entschluß erworben" ansehen will), K. Sell, Dingl. Rechte § 90 (bei dem die reiv. util. gar als Folge davon erscheint, „daß es dem Berechtigten gestattet ist, sich als Eigenthümer zu geriren"), Glück, Commentar B. 8 § 585 (S. 159 fl.), bei dem sich auch die ältere Literatur findet, hat beide Ansichten neben einander!

I. Jahrg. Bd. I. das Eigenthum des Empfängers erlöschen soll, bewirkt hier keinen unmittelbar erfolgenden Rückfall, sondern nur das Entstehen einer auf Rückgabe gehenden Obligation, der Geber hat also nur eine persönliche Klage (in der Regel die condictio ob causam dato-
S. 123. rum, doch läßt sich dies Verhältniß auch unter den Gesichtspunkt eines Innominatcontracts bringen). Wenn wir nun in einigen Fällen, die sich sämmtlich auf die Schenkung einer Sache unter einer solchen unächten Resolutivbedingung beziehen, neben der ausdrücklich genannten condictio noch eine reiv. util. antreffen, so geht nicht bloß aus der Bezeichnung der letzteren als einer utilis actio, sondern nicht minder aus der condictio, die bekanntlich mit Ausnahme der cond. furtiva den sichern Schluß begründet, daß der Kläger nicht Eigenthümer ist, deutlich hervor, daß in diesen Fällen ein Rückfall des Eigenthums selbst nicht angenommen wird, da widrigenfalls die reiv. als directa begründet gewesen wäre. Jene Fälle der Schenkung, in denen die reiv. util. zur Verstärkung der condictio gegeben wird, sind folgende.

1) **Rückforderung eines unter der Auflage zu leistender Alimente geschenkten Gegenstandes wegen nicht erfüllten Modus.**

> l. 1 Cod. de donat. quae sub mod. (8. 55) ... vindicationem etiam in hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes i. e. actionem qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solum condictio quidem tibi in hoc casu i. e. in personam actio jure procedit, verum etiam vindicationem quoque divi Principes in hoc casu dandam esse sanxerunt.

In keiner Stelle wird die Natur und Bestimmung der reiv. util. so klar bezeichnet, als in dieser, denn sie wird hier als eine actio, qua dominium pristinum restituatur, also als eine auf Rückübertragung des Eigenthums gerichtete Klage definirt. Auch ohne diese ausdrückliche Aeußerung würde die ganze Fassung der Stelle (vindicationem impetrare potes ... dandam
S. 124. esse etc.) uns lehren, daß hier nicht an einen ipso jure erfolgten Rückfall des Eigenthums gedacht werden kann.

I. Jahrg. Bd. I.

2) Rückforderung der Brautgeschenke bei Rücktritt Eines der Verlobten.

Die reiv. util. in diesem Fall beruht auf einer Interpolation der l. 2 Cod. Theod. de spons. (3. 5) in der l. 15. Cod. Just. de don. a. n. (5. 3). In der ursprünglichen Fassung dieser Constitution von Constantin hieß es bloß: res. sponso redhibeatur, die Compilatoren fügten hinzu per condictionem aut per utilem actionem in rem.

3) Rückforderung der don. mortis causa in Folge geschehenen Widerrufs.

Wenn der Schenker wegen Nicht-Eintritts der Bedingung die geschenkte Sache zurückfordert, so gibt ihm Ulpian in l. 29 de m. c. don. (39. 6) eine reiv. directa. Denn daß er, wenn er sie auch nicht als dir. bezeichnet, doch nur sie im Auge haben kann, daß hier also das Eigenthum nach seiner Ansicht ipso jure zurückfallen soll, kann kaum zweifelhaft sein[11], da er die Klage vom Moment der Hinfälligkeit der Schenkung dem Beschenkten abspricht (arg. interim ei, cui donatum est, also nachher nicht mehr), während letzterer, wenn dem Schenker bloß eine reiv. util. zugedacht wäre, die directa behalten würde. Dasselbe geht auch daraus hervor, daß in dem ersten der beiden S. 125. Fälle, welche er hier behandelt (Schenkung unter Suspensiv- und Resolutiv-Bedingung), die reiv. directa allein denkbar war, und daß mithin, wenn er auch im zweiten Fall eine reiv. ohne weitern Zusatz zugesteht, nur die directa gemeint sein kann. Dazu kömmt nun noch der Gegensatz der folgenden l. 30, in der er — und dies ist der Fall, den wir hier zu betrachten haben — dem Schenker

11) Windscheid, Die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung S. 66 sucht dies auf eine höchst gezwungene und unhaltbare Weise zu bestreiten. Die reiv., meint er, sei die des Beschenkten gegen dritte Personen, welche letzterer dem Schenker cediren soll; woraus denn folgen würde, daß letzterer gegen den Beschenkten selbst keine Vindication hätte — ein Resultat, das eben so unbefriedigend sein würde, als es mit den allgemein lautenden Worten Ulpian's in Widerspruch steht.

I. Jahrg. Bd. I. ex poenitentia condictionem vel utilem actionem zuspricht. Daß er unter der letztern Klage eine reivindicatio util. versteht, scheint mir nicht zweifelhaft, denn an welche utilis in personam act. sollte man denken [12]), und wozu eine solche, da ja die condictio ausreicht? Ulpian's Ansicht über beide Fälle war also die. Den frühern Tod des Beschenkten oder das glückliche Bestehen der Gefahr von Seiten des Schenkers faßt er in l. 29 als eine wirkliche Resolutivbedingung auf, von der die Parteien selbst den Bestand der Schenkung abhängig gemacht haben. Für den Widerruf dagegen, dessen Wirksamkeit sich nicht auf eine Beredung der Parteien, sondern auf die rechtliche Natur dieser Schenkung stützte, hält er jenen Gesichtspunkt offenbar nicht für zulässig, er gibt also die condictio, aber zur Sicherung derselben auch noch die reiv. util.

Zu diesen drei Fällen der Schenkung gesellt sich nun noch ein vierter, der sich auf die Schenkung unter Ehegatten bezieht. Allein da rücksichtlich seiner noch ein anderer Gesichtspunkt eingreift, so behandeln wir denselben erst später und schließen den bisherigen Fällen zunächst einen andern an, der zwar keine Schenkung zum Gegenstande hat, aber im Uebrigen ihnen wesentlich
S. 126. gleichartig ist, indem auch hier eine persönliche Verpflichtung zur Zurückgabe vorliegt, die durch Hingabe begründet und durch eine reiv. util. verstärkt wird.

4) Rückforderung der Dos von Seiten der Frau.

Es handelt sich hier um die bekannte l. 30 Cod. de jure dot. (5. 12). Wie es möglich war, daß man auf Grund dieser Stelle ganz allgemein einen Rückfall des Eigenthums annahm, ist mir nicht recht begreiflich, denn nicht bloß enthält sie selbst nichts davon, sondern sie macht diese Ansicht geradezu unmöglich. Ich werde zunächst die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre nachzuweisen versuchen.

---

12) Savigny, System Bd. 4 S. 256 Note f denkt an die act. praesc. verb., allein wie käme sie dazu, utilis zu sein?

Daß dieser angebliche Rückfall eine große Anomalie enthalten I. Jahrg. Bd. I.
und im römischen Recht ohne gleichen sein würde, werden selbst die Vertheidiger desselben nicht in Abrede stellen. Wo sonst ein Rückfall eintritt, erfolgt er in der Weise, daß das Rechtsgeschäft, auf welches die Hingabe sich stützt, und damit der erfolgte Eigenthumsübergang hinterher und rückwärts entkräftet wird; es kehrt nicht sowohl das Eigenthum zurück, als es zeigt sich jetzt erst, daß der Geber dasselbe nie verloren hat. Dieser Vorgang ist also juristisch vollkommen motivirt und erklärlich. Ganz anders in unserm Fall. Der Grund des erfolgten Eigenthumsüberganges, die Bestellung und Hingabe der Dos, wird rückwärts keineswegs alterirt, der Mann bleibt für die Vergangenheit, was er war, Eigenthümer, und alle seine Dispositionen, die er in dieser Qualität getroffen, soweit nicht das Veräußerungsverbot im Wege stand, sind nach wie vor vollkommen gültig. Während nun bis auf Justinian die Rückübertragung des Eigenthums auf die Frau in ganz normaler Weise durch Tradition erfolgte, hätte Justinian nach jener Ansicht hier in höchst singulärer Weise einen Eigenthumsübergang ohne Tradition festgesetzt. Warum und wozu? S. 127.
Offenbar nur zum Zweck der Sicherung der Frau. War aber ein so exorbitantes Mittel nöthig? Keineswegs, denn der Zweck ließ sich vollkommen durch Verleihung einer reiv. util. erreichen, und dies letztere Mittel empfahl sich nicht bloß dadurch, daß es das einfachere und schon von der älteren Legislation und Jurisprudenz zu ähnlichen Zwecken in Anwendung gebrachte war, sondern auch dadurch, daß es von Justinian selbst in dem ganz verwandten Verhältniß der Rückforderung der Brautgeschenke (Fall 2) benutzt worden war. Der Gedanke daran lag also ganz nahe. Der Rückfall des Eigenthums hingegen enthält nicht bloß eine ebenso bedeutende als entbehrliche Abweichung von allen bisherigen Grundsätzen, sondern er hätte Justinian mit sich selbst in Widerspruch gesetzt. Er gibt nämlich in seiner Constitution der Frau ebenfalls die act. hypothecaria, also ein Pfandrecht an den Dotalsachen. Wie verträgt sich aber dies Pfandrecht mit

I. Jahrg. Bd. I. dem angeblichen Eigenthum der Frau? Um dieser Schwierigkeit auszuweichen, hat man geantwortet, die Frau müsse zwischen Pfandrecht oder Eigenthum wählen [13]). Allein Justinian sagt das Gegentheil: volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere et (nicht aut) hypothecariam omnibus anteriorem possidere. Bei der dos venditionis causa aestimata geht die Verpflichtung des Mannes bekanntlich nur auf Zahlung einer Geldsumme, nicht auf Herausgabe der empfangenen Sachen. Da nun Justinian's Bestimmung ausdrücklich auch auf die res aestimatae Bezug nimmt (in rebus dotalibus . . . si tamen extant, sive aestimatae
S. 128. sive inaestimatae sint), so würde der Rückfall des Eigenthums auch für sie gelten. Welche Abnormität! Die Vereinbarung der Parteien ist gerade darauf gerichtet, daß die Frau nicht die Sachen zurückerhalten soll, sondern statt deren die Anschlagssumme. Man nehme nun an, daß die Sachen jetzt z. B. den dreifach höheren Werth haben, als den sie zur Zeit der Bestellung der Dos hatten, und zu dem sie dem Manne angesetzt sind. Daß hier letzterem, oder im Fall des Concurses, seinen Gläubigern nicht das Recht zustehen sollte, die Frau mit der angesetzten Summe abzufinden, statt die Sachen herauszugeben, wird hoffentlich Niemandem zweifelhaft sein. Aber wie ist dies zu begründen, wenn einmal die Frau an jenen Sachen das Eigenthum erworben hat, was berechtigte uns im Widerspruch mit der angeblichen Bestimmung der l. 30, ihr das Eigenthum vorzuenthalten? Ferner: die aus Dotalgeld angeschafften Sachen werden in der l. 54 de jure dot. (23. 3) [14]) für dotal erklärt, es gilt mithin rücksichtlich ihrer dasselbe, was von den Dotalsachen, folglich würde auch an ihnen die Frau das Eigenthum bekommen. Hier

13) Statt aller andern siehe z. B. von Vangerow, Leitfaden § 392 a. E.

14) Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Die Stelle ist aus Gaj. ad edict. praet. urb. titulo de praediatoribus entlehnt, sie bezog sich also auf den Concurs.

läßt uns aber nicht bloß der Gesichtspunkt eines Rückfalls des I. Jahrg. Bd. I.
Eigenthums im Stich, sondern die eben angedeutete Abnormität wird hier noch unerträglicher. Der Mann hat mit dem Dotalgeld glücklich speculirt, es z. B. in Eisenbahnactien angelegt und dadurch das Kapital nach und nach verdoppelt. Nach der herrschenden Theorie erhielte die Frau das Eigenthum an den Actien, und auch hier ließe es sich weder juristisch deduciren, noch aus der l. 30 Cod. cit. selbst rechtfertigen, daß der Mann sie durch Anerbieten der Geldsumme an der Verfolgung ihres Eigenthums hin- S. 129.
dern könnte.

Wenden wir uns jetzt der Stelle selbst zu, so sagt sie von dem Rückfall des Eigenthums nichts, sondern sie gibt im Gegentheil zu, daß, obschon die Sachen nach der natürlichen Auffassung der Frau gehörten, sie doch nach dem Recht im Eigenthum des Mannes ständen, und die reiv., welche sie einführt, stützt sie nicht darauf, daß die Frau mit Aufhebung der Ehe auch juristisch wieder Eigenthümerin werde, sondern darauf, daß sie es nach natürlicher Ansicht noch gegenwärtig sei. Darin, daß Justinian das gegenwärtige Eigenthum der Frau nicht anders als vom natürlichen Standpunkt aus zu behaupten wagt (sive ex naturali jure ejusdem mulieris res esse intelligantur, sive secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse videantur), erhellt ja durch den Gegensatz deutlich, daß er dasselbe vom juristischen Standpunkt verneint. Am klarsten aber geht seine wahre Meinung, daß die Frau nicht Eigenthum, sondern nur eine reiv. util. haben solle, aus den Worten hervor: volumus itaque eam in rem actionem in hujusmodi rebus quasi propriis habere. Dieses quasi propriis läßt sich doch nicht anders verstehen, als: „wie bei ihren eignen Sachen," „wie wenn sie ihre eignen Sachen wären," es liegt also in diesen Worten, daß sie nicht ihre eignen sind.

Unser Resultat ist demnach: die Begünstigung, die Justinian der Frau hat zu Theil werden lassen, besteht nicht in der Verleihung des Eigenthums, sondern in der der reiv. util. Mit

I. Jahrg. Bd. I. ihr verträgt sich nun nicht bloß die act. hypoth. sehr wohl, denn beide Klagen setzen voraus, daß die Sache eine fremde ist, sondern die oben angedeutete Frage rücksichtlich der ios venditionis causa
S. 130. aestimata und der res ex dotali pecunia comparatae erledigt sich ganz einfach aus einer Eigenthümlichkeit unserer reiv. util. Wir werden nämlich unten (III) nachweisen, daß unsere Klage nicht bloß den Zweck hat, in solchen Fällen, wo der Anspruch des Klägers auf die Sache selbst geht, ihm die Sache zu verschaffen (nur in einer vortheilhafteren Weise, als dies durch die act. in pers. möglich ist), sondern in solchen Fällen, wo seine Forderung auf Geld gerichtet ist, ihm eventuell dadurch zu seiner Befriedigung zu verhelfen, daß sie ihm die Sache als Abfindungsobject zuweist. In diesem letzten Fall kann der Beklagte die Klage ebenso wie die act. hypothecaria durch Tilgung jener Geldforderung zurückschlagen. Die Verstärkung einer persönlichen Klage durch die reiv. util. verändert das Object der Forderung ebenso wenig, wie dies durch Pfandrecht geschieht. Darum ist für die Frage: was die Frau bei Auflösung der Ehe bekömmt, ob Sachen oder Geld, die reiv. util. völlig gleichgültig; sie verhilft ihr nur zu dem, was sie mit der persönlichen Klage fordern könnte, also rücksichtlich der Sachen, deren reelle Restitution sie verlangen darf, stets zum Eigenthum, rücksichtlich ihrer Geldforderungen zum Gelde, indem sie ihr nämlich für den Fall, daß ihre Geldforderungen nicht erfüllt werden, die noch vorhandenen Dotalsachen als Befriedigungsobject überweist. In den 3 ersten Fällen unserer Klage haben wir bloß die erste (directe) Function derselben kennen lernen, der gegenwärtige Fall hat uns auch die zweite (eventuelle) Function derselben vorgeführt, und die drei nächsten Fälle beziehen sich ebenfalls auf sie.

Der Kreis der Sachen, auf den sich dies Vorrecht der Frau erstreckt, besteht aus den augenblicklich noch im Vermögen des
S. 131. Schuldners befindlichen[15]), seien sie ursprünglich zur Dos ge-

15) l. 30 Cod. cit. si tamen exstant. Siehe darüber l. 6 i. f. Cod. de

geben, seien sie später aus Dotalgeld angeschafft[16]. Rücksichtlich I. Jahrg. Bd. I. derjenigen **beweglichen** Sachen[17], deren reelle Restitution sie verlangen kann, werden die dinglichen Dispositionen, die der Mann in der Zwischenzeit darüber getroffen, z. B. Verpfändung, Bestellung eines Nießbrauchs, hinterher nicht entkräftet; die Gültigkeit der Veräußerungen wird ja in der Stelle ausdrücklich anerkannt, und ob die Veräußerung eine totale oder partielle war, begründet keinen Unterschied. Die Frau bekömmt also das Eigenthum in dem Zustande, in dem es sich beim Manne zuletzt befand. Der Umstand, daß ihm die Veräußerung der Sachen durch die Dotalverträge untersagt war, bewirkt bekanntlich keine Nichtigkeit derselben. Nur rücksichtlich der Verpfändung wird ihr geholfen, nicht aber durch die reiv. util., sondern durch ihre privilegirte Hypothek. Das Pfandrecht der ihr nachstehenden Pfandgläubiger ist, wenn auch juristisch begründet, so doch praktisch völlig werthlos, weil nämlich die Forderung der Frau eben S. 132.
auf Restitution derselben Sache gerichtet ist, an der sie das Pfandrecht hat. Ein jus offerendi derselben ließe sich hier also gar nicht denken, denn um die Forderung der Frau zu tilgen, müßten

---

sec. nupt. (5. 9) . . si non fuerint alienatae vel consumtae vel suppositae.

16) Auf diese Controverse (**Glück**, Commentar B. 8 S. 167—188) kann ich mich hier nicht weiter einlassen, ich muß jedoch gestehen, daß ich nicht absehe, wie man, wenn einerseits derartige Sachen für res dotales erklärt werden (s. ob.), andererseits aber der Frau eine reiv. util. wegen der res dotales verliehen wird, die Erstreckung dieser Klage auf jene Sachen in Abrede stellen kann. Die falsche Idee von dem Rückfall des Eigenthums an der Dos scheint die Ursache gewesen zu sein, daß man diesen Schluß nicht zugeben wollte. Macht man sich von jener Idee frei, so wird man auch keinen Widerspruch zwischen der l. 54 de jure dot. der l. 12 Cod. de jure dot. (5. 12) finden. Die angeschafften Sachen gehören dem Manne, davon spricht die letzte Stelle, aber dies schließt nicht aus, daß nicht die l. 30 Cod. ibid., d. h. die reiv. util. in ihrer eventuellen Function bei ihnen zur Anwendung kommen könnte.

17) Denn bei unbeweglichen ist die Frau durch das Veräußerungsverbot gesichert.

I. Jahrg. Bd. I. sie ihr die Sachen selbst offeriren, die sie in Händen hat, d. h. auf ihr eignes Pfandrecht verzichten. Die Herausgabe jener Sachen kann also auf keine Weise abgewandt, im Fall des Concurses mithin auch nicht zu einer Veräußerung derselben geschritten werden. Rücksichtlich aller anderen noch vorhandenen Dotalsachen (den Ausdruck in dem oben angegebenen weitesten Sinn genommen) greift aber das Abfindungsrecht des Mannes oder der Concurs-Gläubiger Platz. Wird von demselben kein Gebrauch gemacht, erfolgt also die reelle Restitution der Sachen, so erwirbt die Frau an ihnen das Eigenthum, aber ohne daß sie dadurch nach bekannten Rechtsgrundsätzen den nachstehenden Pfandgläubigern gegenüber schutzlos würde[18]). Ob die Frau rücksichtlich dieser ihrer Rechte an den Dotalsachen nach Justinian's Absicht nicht auch dem Privilegium des Fiscus wegen der öffentlichen Abgaben vorgehen soll, ist mir nach der Art, wie er sich ausdrückt, mehr als wahrscheinlich; die herrschende Lehre faßt das Verhältniß bekanntlich umgekehrt und räumt dem Fiscus auch an den Dotalsachen dasselbe Privilegium ein, das ihm an dem sonstigen Vermögen des Mannes zusteht. Die Frage würde mich hier jedoch zu weit vom Thema abführen.

Bei den drei Fällen, denen wir uns jetzt zuwenden, handelt es sich, wie bereits bemerkt, nicht um reelle Restitution der Sachen, sondern nur um Deckung einer Geldforderung. Der erste dieser Fälle betrifft ein Verhältniß, bei dem wir der reiv. util. bereits drei Mal begegnet sind, die Schenkung.

S. 133. 5) **Rückforderung einer Schenkung unter Ehegatten.**

Da bei einer Schenkung unter Ehegatten das Eigenthum nicht auf den Beschenkten übergeht, der Schenker mithin als Eigenthümer die reiv. directa hat, so kann von der util. nur dann die Rede sein, wenn die geschenkte Sache selbst nicht mehr

---

18) l. 1 Cod. si antiq. (8. 30), l. 30 § 1 de exc. rei jud. (44. 2), von Vangerow, Leitfaden § 392. Sintenis, Pfandrecht § 17.

existirt, die Rückforderung sich also in eine condictio sine causa I. Jahrg. Bd. I.
auf den Betrag der augenblicklichen Bereicherung verwandelt hat. Die reiv. util. in unserm Fall stützt sich theils auf eine Stelle von Gajus, die später erörtert werden soll, die l. 30 de don. inter V. (24. 1), theils auf die l. 55 desselben Titels von Paulus. In der letzten Stelle scheint unsere reiv. an vier Voraussetzungen geknüpft zu sein, nämlich 1) eine Schenkung von der Frau an den Mann, 2) eine Geldschenkung, 3) Verwendung des Geldes zur Anschaffung irgend einer augenblicklich noch im Eigenthum des Mannes befindlichen Sache und 4) Insolvenz des Mannes. Die Frau soll unter diesen Voraussetzungen »in rem utilem in ipsas res« haben. Prüfen wir diese Voraussetzungen, so ist zunächst die erste dahin zu erweitern[19]), daß nach der l. un. § 5 Cod. de rei ux. act. (5.13) ... cum sit donatori facultas per actionem in rem directam vel per utilem vel per condictionem suo juri mederi dem Manne als Schenker dasselbe Recht zuzugestehen ist. Die zweite ist schwerlich als solche vom Juristen beabsichtigt, sondern die Schenkung von Geld läßt sich nur als Beispiel betrachten, ein Beispiel, dessen Wahl um so näher lag, weil es regelmäßig nur in diesem Fall der vind. util. bedarf. Statt Geld müssen wir also sagen: irgend eine Sache, die der Schenker weder vom Beschenkten, noch von einem Andern vindiciren kann, sei es, daß sie untergegangen oder usucapirt, oder der Besitzer sich nicht ausfindig machen läßt. Dagegen werden wir S. 134.
die dritte und vierte Voraussetzung unverändert beizubehalten haben, und letztere gewährt uns zugleich den Schlüssel für den Zweck und die Natur dieser Klage.

Die Frage nämlich, um die es sich handelt, ist die: welche von beiden Functionen hat unsere Klage hier, soll sie schlechthin die Sache selbst verschaffen (so daß letztere als Surrogat des geschenkten Geldes zu betrachten wäre) oder bloß die Sicherung der Geldforderung vermitteln? Bei der ersteren Annahme stoßen wir

---

19) Savigny, System IV. S. 178 Note k.

I. Jahrg. Bd. I. auf lauter Singularitäten. Denn erstens: wie kann der Schenker die Sache als die seinige in Anspruch nehmen, da sie nicht für ihn gekauft, der Umstand aber, daß sie mit seinem Gelde bezahlt, ihm nach allgemeinen Grundsätzen[20]) weder das Eigenthum selbst, noch einmal einen Anspruch auf Abtretung desselben verschafft? Wenn aber diese Grundsätze hier ausnahmsweise verlassen sein sollten, der Beschenkte also als unfreiwilliger und unbewußter neg. gestor des Schenkers aufgefaßt werden müßte, warum zweitens eine solche Abweichung nur für den Fall des Concurses des Beschenkten? Man nehme an, der Beschenkte habe für das geschenkte Geld Kuxe gekauft, die, wie es in neuerer Zeit vorgekommen ist, um das Zehn- und Mehrfache gestiegen sind. Hier sollte der Schenker gerade da, wo das Recht am wenigsten Veranlassung hätte, ihm einen reinen Gewinn zuzuwenden, nämlich im Concurse des Schuldners, auf Kosten der übrigen Gläubiger das Zehnfache von dem in Anspruch nehmen können, und Paulus sollte dies, wie er es thut (nihil prohibet
S. 135. utilem accommodare), für unbedenklich erklären? Das ist unmöglich!

Es bleibt also nur die zweite Function übrig, und daß sie hier in der That die allein angemessene und von Paulus beabsichtigte ist, läßt sich zur Evidenz nachweisen. Paulus wirft sich die Frage auf: wie gelangt die Frau im Concurse des Mannes wieder zu ihrem Gelde, wenn die von demselben angeschafften Sachen noch vorhanden sind? Das Bedenken bestand darin, daß die condictio der Frau nur auf die Bereicherung aus der Schenkung geht, gegen die Annahme einer Bereicherung aber der Einwand denkbar war, daß der Beschenkte Concurs gemacht habe. Der Jurist weist das Bedenken als völlig unerheblich zurück, da die Bereicherung sich nicht darnach bestimme, »quid deducto aere alieno liberum habeat,« sondern darnach: »quid ex re

20) l. 6 Cod. de R. V. (3. 32), l. 4 Cod. Com. utr. (3. 38), l. 8 Cod. si quis alt. (4. 50).

mulieris possideat.« Indem er damit die condictio für begründet erklärt, fügt er aber eine doppelte Bemerkung hinzu. I. Jahrg. Bd. I.
Erstens nämlich weist er (allerdings etwas versteckt und andeutungsweise) die Berufung auf das beneficium competentiae zurück, indem er sagt: die persönliche Klage der Schenkerin habe hier denselben Effect wie die reiv. dir., wenn die geschenkten Sachen noch vorhanden seien,

> solo enim separatur hic ab eo, cui res donata est, quod ibi res mulieris permanet et vindicare directo potest,

der einzige Unterschied liege also in der Art der Klage, im Uebrigen (mithin auch rücksichtlich des benef. comp.) ständen sie sich gleich. Folglich, fährt er fort,

> erit deterior causa viri, si ei pecunia . . . condicatur, quam si dotis judicio conveniatur,

nämlich bei dem letzteren judicium würde der Mann jenes benef. haben, hier hingegen nicht, seine Lage ist also schlechter. Die S. 136.
zweite Bemerkung des Juristen betrifft den Betrag der Forderung der Klägerin; sie darf condiciren:

> quatenus res valet, non ultra tamen quam quod donatum est.

Das Aeußerste also, was sie erhalten soll, ist der Betrag der ursprünglichen Schenkung; wenn also der Werth der angeschafften Sache sich höher beläuft, so kömmt dies ihr nicht zu gute. Schließlich fügt er dann hinzu, daß nichts im Wege stände[21], der Frau in rem utilem in ipsas res accommodare. Faßt man diese Worte im Zusammenhang mit dem Vorhergehenden auf, so kann es kaum zweifelhaft sein, daß Paulus nicht im Widerspruch mit seiner hier und anderwärts[22] vorgetragenen Ansicht dem

---

21) Ob Paulus dabei vielleicht an das Dotal-Privilegium der Frau (s. oben die l. 54 de jure dot.) gedacht? Es wäre wenigstens eine Analogie gewesen.

22) l. 27 § 3 de don. i. V. (24. 1) si ex decem donatis mulier servum emerit . . . si quindecim . . dignus sit, non plus quam decem potest peti, quoniam eatenus donator pauperior factus esset. Ebenso Ulpian in l. 7 § 3 ibid. Jhering, Abh. aus dem röm. Recht S. 76, 77.

I. Jahrg. Bd. I. Schenker mehr zuwenden wollte, als den Betrag der ursprünglichen Schenkung, sondern demselben nur mit Rücksicht auf den Concurs ein wirksameres Mittel zur Befriedigung seiner Forderung zugestehen wollte, als die bloße persönliche Klage sie gewährte. Die in rem actio stellt also hier den Gläubigern nur die Alternative, ob sie die Geldforderung befriedigen, oder die Sache herausgeben wollen — ganz dasselbe Verhältniß, welches wir oben rücksichtlich der nicht reell zu restituirenden Sachen der Dos haben kennen lernen. So erklärt es sich auch, warum diese reiv. util. den Concurs des Beschenkten zur Voraussetzung hat, denn nur unter dieser Voraussetzung bedurfte es einer solchen
S. 137. Verstärkung der Klage, da der Schenker sonst das Loos der chirographarischen Gläubiger getheilt haben würde, während ihm unsere Klage den Vortheil eines Vindicanten verschafft. Für den Fall der Solvenz des Beschenkten hingegen kann es für den Schenker gar kein Interesse haben, ob er mit der persönlichen Klage, oder mit der reiv. util. auftritt, denn beide gewähren ihm ganz dasselbe — eine Geldsumme.

Die l. 30 de don. inter V. von Gajus besteht bloß aus den Worten: utilem tamen viro competere, sie schließt sich an die l. 29 § 1 von Pomponius an: Si vir uxori lanam donavit et ex ea lana vestimenta sibi confecit, uxoris esse vestimenta Labeo ait. Der Umstand, der hier die directe Vindication ausschloß, war der Untergang des Eigenthums durch Specification. Einer persönlichen Klage auf Rückgabe des Werths der Schenkung (der condictio sine causa) stand nichts im Wege, Gajus selbst erwähnt sie in l. 6 ibid., folglich kann er mit der utilis actio nur die reiv. util. gemeint haben. Aber in welcher Function hat er sie sich gedacht? Es wäre voreilig, hier bloß darum, weil keine Beschränkung hinzugefügt ist, die directe Function anzunehmen. Daß gerade Gajus unsere Klage in ihrer eventuellen Function sehr wohl kannte, wird der folgende Fall 6 zeigen. Ich glaube, mich nun für letztere entscheiden zu müssen und zwar vor Allem aus dem Grunde, weil sonst das Resultat eintreten könnte,

das Paulus und Ulpian, wie wir eben gesehen, auf jede Weise I. Jahrg. Bd. I.
vermieden wissen wollen, daß nämlich der Schenker mehr zurückerhalte, als er gegeben. Die Kleider werden oder können wenigstens mehr werth sein, als die geschenkte Wolle. Haben wir nun die Wahl, die reiv. util. des Gajus hier in einer Function zu nehmen, in der sie sich mit den sonstigen Grundsätzen über die Schenkung unter Ehegatten verträgt und namentlich sich sowohl an die obige reiv. util. des Paulus, als die des Gajus in dem S. 138.
folgenden Fall eng anschließt, oder in einer Function, in der sie nicht bloß isolirt wäre, sondern auch mit jenen Grundsätzen und dem natürlichen Rechtsgefühl in Widerspruch träte — ich meine, dann kann die Wahl nicht zweifelhaft sein.

Die beiden folgenden Fälle der reiv. util. gleichen den so eben entwickelten auch in der Beziehung, daß es sich bei ihnen um den Ersatz für ein verloren gegangenes Eigenthum handelt. Es sind dies Fälle des Verlustes des Eigenthums an der Tafel oder Leinwand, die ein Anderer bemalt, und am Baum, den ein Anderer in sein Land gepflanzt, und der dort Wurzeln geschlagen hat.

6) Reiv. util. des Eigenthümers der von einem Andern bemalten Tafel.

Da der Maler durch das Bemalen der Tafel Eigenthümer des Stoffs wird, so bliebe dem früheren Eigenthümer der Strenge nach nichts übrig, als eine cond. sine causa, insoweit nämlich die Voraussetzungen derselben vorhanden sind[23]. An dieser Voraussetzung würde es aber fehlen, wenn der Maler den Stoff oder die Tafel z. B. von einem Nichteigenthümer gekauft hätte[24]. Während unsere Quellen es nun für den Fall der

23) § 26 J. de R. D. (2. 1), l. 4 § 2 de R. C. (12. 1), l. 30 pr. de act. emti (19. 1).

24) Darum sagt die in der vorigen Note citirte Institutionenstelle: condici tamen a furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt, deutet damit also an, daß die cond. nicht gegen Jeden schlechthin zulässig ist, der durch Umstaltung der Sache den bisherigen Eigenthümer um sein Eigenthum gebracht hat.

I. Jahrg. Bd. I. Spezification bei diesem unvollkommneren Schutz des verlierenden Eigenthümers bewenden lassen, gewähren sie demselben bei dem
S. 139. vorliegenden Fall (vielleicht weil die mit der Sache vorgenommene Veränderung keine so bedeutende war, der Verlust des bisherigen Eigenthums also härter erscheinen mochte) ein wirksameres Schutzmittel, die reiv. util. Die einzige Erwähnung desselben von Seiten eines römischen Juristen findet sich bei Gajus [25]; nach ihm in den Institutionen § 34 J. de R. D. (2. 1). Allerdings wird die Klage hier nur als utilis actio bezeichnet, allein auch ganz abgesehen von dem Zeugniß des Theophilus, der dieselbe als reivindicatio utilis bezeichnet, ließe es sich kaum bezweifeln, daß letztere gemeint ist, da bereits Varus und Nerva in einem ganz ähnlichen Fall (s. Fall 7) dasselbe Mittel zur Anwendung gebracht hatten, so daß für Gajus nichts näher lag, als diesem Beispiel zu folgen. Die reiv. util. empfahl sich in diesem Fall nicht bloß dadurch, daß sie an das bisherige Eigenthum des Herrn der Tafel anknüpfte und auch juristisch (etwa durch die Fiction, als ob die Tafel nicht bemalt worden wäre) [26] sich leicht formuliren ließ, sondern auch dadurch, daß sie in der bei ihr stattfindenden exc. doli wegen Ersatzes der Impensen ein ganz bekanntes und bequemes Mittel für die Geltendmachung des Gegenanspruches des Beklagten darbot. In der citirten Pandektenstelle des Gajus ist übrigens die Hinweisung auf die reiv. unverkennbar. Nicht bloß nämlich, daß hier die Punkte, welche gerade sie charakterisiren, nämlich der Besitz des Beklagten (si is tabulas possideat) und die Impensenfrage (si picturae impensam solvat; alioquin nocebit ei doli mali exceptio) hervorgehoben werden, sondern der Gegensatz der directa vind., die
S. 140. am Ende der Stelle dem Maler zugesprochen wird, weist deutlich darauf hin, daß der Jurist vorher eine utilis reivindicatio im Sinn hatte.

---

25) Sowohl in seinen Institutionen II. 78, als in der l. 9 § 2 de A. R. D. (41. 1).

26) Einer solchen Fiction erwähnt Theophilus zu § 34 J. cit.

Welche Function hat sie hier? Gajus gewährt beiden Personen eine reiv., dem Maler die directa, dem früheren Eigenthümer die util. Bei dieser soll der Kläger die Auslagen des Malers, bei jener letzterer den Preis der Tafel ersetzen, wenn er mit der reiv. durchdringen will, in beiden Fällen vermöge der exceptio doli des Beklagten. Wie nun, wenn Jeder von Beiden sich zur Abfindung des Anderen bereit erklärt? Wer geht vor? Nach der Darstellung des Gajus müßte im Widerspruch mit allen sonstigen Rechtsgrundsätzen der Kläger vorgehen, während doch, wenn einmal der Zufall der prozessualischen Lage des Streits den Ausschlag geben sollte, der Beklagte vorgehen müßte. Allein auch dieses Auskunftsmittel wäre ein sehr ungenügendes, es müßte vielmehr schlechthin dem Einen oder Anderen der Vorzug zuerkannt werden. Auf diese Frage bezog sich nun ohne Zweifel jener Streit, von dem Justinian in der angeführten Institutionenstelle spricht, ob nämlich das Gemälde dem Stoff oder der Stoff dem Gemälde weiche. Daß derselbe die Frage vom Eigenthumsübergang des Stoffs auf den Maler betroffen hätte, läßt sich kaum annehmen, da sie nach der Darstellung des Gajus bereits zu seiner Zeit kein Gegenstand der Meinungsverschiedenheit mehr war, während eine Controverse über jene andere Frage auch noch nach Gajus um so eher vorgekommen sein dürfte, als letzterer selbst, wie es scheint, es noch nicht einmal zum Bewußtsein der Frage gebracht hatte. Wenn also Justinian in der Institutionenstelle den Streit, ob das Gemälde oder die Tafel vorgehe, zu Gunsten des ersteren entscheidet, so läßt sich diese Entscheidung nur auf den Vorrang des Abfindungsrechts des Malers beziehen[27].

I. Jahrg. Bd. I. — S. 141.

Hiernach wäre dann die reiv. util. in unserem Fall in der That nur ein Mittel, um dem Kläger auf indirectem Wege zu

27) So auch Arndts, Pandekten Aufl. 2 § 152 Anm., der der entgegengesetzten Ansicht mit Recht den Vorwurf macht, „das ridiculum, das Justinian von sich stoße, durch die Hinterthür wieder einzuführen."

I. Jahrg. Bd. I. einer Geldbefriedigung zu verhelfen, d. h. sie hat hier nur die eventuelle Function.

7) **Reiv. util. des früheren Eigenthümers eines auf fremden Grund und Boden verpflanzten Baumes.**

Dieselbe wird nur von Ulpian l. 5 § 3 de R. V. (6. 1) erwähnt:

> De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant; nam si nondum coaluit, mea esse non desinet.

In welcher von beiden Functionen die Klage hier gemeint ist, läßt sich aus der Stelle selbst nicht erkennen; nach Analogie des vorigen Falles möchte ich mich für die eventuelle Function entscheiden [28].

Die beiden letzten Fälle, welche uns noch übrig bleiben, führen uns wieder auf die directe Function der Klage zurück, sie unterscheiden sich aber von den früheren Fällen dieser Art (1—4) dadurch, daß es sich bei ihnen nicht um den Wiedererwerb, sondern um den ursprünglichen Erwerb des Eigenthums handelt. Für
S. 142. das richtige Verständniß halte ich es für nöthig, eine Bemerkung über den Besitz- und Eigenthums-Erwerb durch Stellvertreter vorauszuschicken [29].

Eine Handlung durch Stellvertreter liegt nur da vor, wo die Beziehung derselben auf den Repräsentirten keine bloß innerliche, subjective ist (d. h. bloß in der Absicht des Handelnden liegt), sondern wo diese Beziehung ein äußerlich hervortretendes, objectives Moment des Geschäfts bildet, d. h. wo letzteres auf den Namen des Repräsentirten gestellt worden ist. Nur hier geht

---

28) Auch die Bestimmung des älteren Rechts über das tignum junctum, namentlich die zum Weinberg verbrauchten fremden Pfähle möchte zur Unterstützung angeführt werden dürfen; sodann der Umstand, daß durch diese Annahme der Widerspruch dieser Stelle mit der l. 9 § 2 de damn. inf. (39. 2) in erträglicher Weise beseitigt wird.

29) Eine weitere Ausführung des hier Gesagten wird in einem der nächsten Hefte folgen.

Besitz und Eigenthum sofort und unmittelbar auf letzteren über. I. Jahrg. Bd. I.
Anders hingegen, wenn (sei es mit, sei es gegen die Absicht beider Personen) die Mittelsperson das Geschäft auf eignen Namen abschloß. Hier kann dasselbe nur für sie selbst wirken. Besitz und Eigenthum entstehen also in ihrer Person, und der Umstand, daß sie verpflichtet war, das Geschäft auf Namen des Andern abzuschließen, ja erweislichermaßen die Absicht hatte, für den Andern zu erwerben, ändert daran nichts. Es bedarf hier mithin erst der persönlichen Klage, um die Uebertragung des Besitzes und Eigenthums auf letzteren zu erzwingen[30]. Diese beiden Formen des Abschlusses eines Geschäftes für einen Andern sind bei jeder Art der Geschäftsführung möglich, möge dieselbe sich auf Mandat, Amt oder freien Entschluß der Mittelsperson stützen. So kann also z. B. der Vormund bloß für den Mündel kaufen, in welchem S. 143.
Fall er allein erwirbt und verpflichtet wird und sich nachher mit dem Mündel berechnet, oder auch im Namen desselben, in welchem Fall Besitz und Eigenthum unmittelbar letzterem zufällt, dagegen auch die act. venditi utiliter gegen ihn gerichtet werden kann. So ferner der negotiorum gestor, der socius, der Beamte einer juristischen Person. An einem passenden Namen zur Bezeichnung der zweiten Form fehlt es sowohl den Römern[31], wie uns. Des Ausdrucks Stellvertretung sollte man sich nur für

---

30) Ueber die erste Art des Erwerbs s. l. 13, l. 20 § 2 de A. R. D. (41. 1), l. 1 § 20 de A. P. (41. 2), über die zweite Art s. l. 59 de A. R. D. (41. 1), l. 135 § 2 de V. O. (45. 1), l. 13 § 2 de usuc. (41. 3), l. 2 Cod. de his qui a non dom. (7. 10). Puchta (de dominio rerum per procuratorem acquirendo 1842, abgedruckt in seinen kleinen Schriften S. 562 fl.) und von Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Nr. VIII) werfen beide Arten zusammen.

31) Procurator ist der Name für den Stellvertreter, für die zweite Form scheinen sie sich vorzugsweise des Ausdrucks mandare bedient zu haben, so z. B. die l. 59 cit. de A. R. D. (41. 1) res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit, qui emit, namentlich aber Cicero, Top. c. 10: si cui mandaveris, debet fidem praestare, debet etiam procurator.

I. Jahrg. Bd. I. die erste Form bedienen, denn nur hier zeichnet sich die Handlung sowohl durch die Art ihrer Vornahme, als durch ihre Wirkungen vor gewöhnlichen Handlungen aus. Für den andern Fall dagegen ist jener Ausdruck durchaus ungeeignet. Die Handlung selbst wird durch das obligatorische Band des Handelnden zu dem, in dessen Interesse sie vorgenommen wird, und das rein innerliche Moment des subjectiven Motivs gar nicht alterirt. Will man hier von einer Stellvertretung sprechen, so möge man es ebenfalls thun, wenn z. B. ein Schuster Leder kauft, um aus letzterm die bei ihm bestellten Stiefel anzufertigen! Bei dem Verhältniß der mandirten Geschäftsführung könnte man, je nachdem der Abschluß im Namen des Mandanten oder des Mandatars aufgetragen und erfolgt ist, den Handelnden im ersten Fall Stellvertreter, im zweiten bloßen Mandatar nennen. Jener ist Mandatar und Stellvertreter zugleich; der erste Ausdruck bezeichnet lediglich
S. 144. sein obligatorisches Verhältniß zum Mandanten, also eine Qualität, die dritten Personen verborgen bleiben kann und für sie keine Wirkungen hat, der zweite Ausdruck seinen Charakter bei Vornahme der Handlung, also die Qualität, die der Welt sichtbar wird, es ist also der Gegensatz des Relativen und Absoluten. Um nun die letztere Qualität in der Mittelsperson zu negiren, könnte man sie als bloßen Mandatar bezeichnen. Diese Bezeichnung würde nur insofern ungenügend sein, als sie nur für das Verhältniß des Mandats, nicht aber für die übrigen Fälle (Vormundschaft u. s. w.) paßt, in denen Jemand ebenfalls für einen andern, aber nicht als dessen Stellvertreter handelt. In Ermangelung und bis zur Auffindung eines bessern Ausdrucks, den ich gern adoptiren werde, möchte ich den Namen: Ersatzmann vorschlagen; andere Ausdrücke, an die ich gedacht habe, wie z. B. innerlicher Stellvertreter, juristischer Diener, Vermittler scheinen mir weniger geeignet.

Ob nun im einzelnen Fall die Handlung eines Stellvertreters oder Ersatzmannes vorliegt, darüber entscheidet nicht bloß die Verpflichtung des Handelnden, das Rechtsgeschäft in dieser

oder jener Qualität abzuschließen, sondern auch die Art der Vornahme der Handlung. Beides muß sich decken. Handelte er also als Stellvertreter, während die Verpflichtung auf Handeln als Ersatzmann ging, oder umgekehrt als Ersatzmann, während er als Stellvertreter hätte auftreten sollen, so beschränkt sich in beiden Fällen die Wirkung des Geschäfts auf ihn selbst, d. h. es liegt die Handlung eines Ersatzmannes vor, und zum Zweck der Uebertragung der Wirkung auf den eigentlich Interessirten bedarf es einer gewöhnlichen Klage desselben. I. Jahrg. Bd. I.

Um nun von dem Gesagten die Anwendung auf unsere beiden letzten Fälle der reiv. util. zu machen, so setzen sie voraus, S. 145. daß der Vormund mit dem Gelde des Pupillen bez. der Geschäftsführer eines Soldaten mit dessen Gelde eine Sache im eignen Namen gekauft habe. Angenommen, daß sie den Contract für den andern Theil abgeschlossen hätten, so würde letzterer nur mit einer persönlichen Klage auf Uebertragung des Eigenthums dringen können. Statt deren oder neben derselben gewähren ihm nun unsere Quellen eine reiv. util., deren Voraussetzungen jetzt im Einzelnen näher zu prüfen sind.

8) Reiv. util. des Soldaten hinsichtlich der mit seinem Gelde von seinem Geschäftsführer gekauften Sachen.

Sie stützt sich auf die l. 8 Cod. de reiv. (3. 32), die wir, da es sich um die Interpretation derselben handelt, vollständig mittheilen müssen:

> Si, ut proponis, pars adversa pecunia tua quaedam nomine suo comparavit, Praeses provinciae utilem vindicationem obtentu militiae tibi eo nomine impertiri desideranti partes aequitatis non negabit. Idem mandati quoque seu negotiorum gestorum actionem inferenti tibi jurisdictionem praestabit.

Im Allgemeinen ist man über den Sinn dieser Stelle völlig einverstanden, und nur über zwei Punkte ist früher wohl eine abweichende, völlig unhaltbare Ansicht aufgestellt, die gegenwärtig

I. Jahrg. Bd. I. schwerlich noch Anhänger zählen dürfte[32], nämlich daß die reiv. util. nur für den Fall des Mangels einer persönlichen Klage ge-
S. 146. gewährt sei, und daß castrensisches oder zum pecul. castrense gehöriges Geld vorausgesetzt werde. Dagegen hat darüber, so viel ich weiß, nie ein Streit geherrscht, daß die Stelle nichts Weiteres, als Ankauf einer Sache mit dem Gelde eines Soldaten voraussetzt, also auch auf den Fall Anwendung leiden müßte, wenn das Geld, mit dem der Ankauf bestritten wird, dem Soldaten z. B. gestohlen oder bei ihm deponirt war. Man hält sich hier also lediglich an die Eingangsworte der Stelle: si pars adversa pecunia tua ... comparavit, ohne die ferneren Voraussetzungen, die der Verlauf der Stelle, freilich weniger augenfällig, hinzufügt, zu beachten.

Wir besitzen in der Stelle ein Rescript von Philippus Arabs und seinem Sohn aus dem Jahre 247, und gerade für die Interpretation von Rescripten ist es bekanntlich besonders wichtig, die thatsächlichen Momente des ausgesprochenen Rechtssatzes genau festzustellen. Für den vorliegenden Fall bestehen dieselben aber nicht bloß darin, daß ein Anderer mit dem Gelde des Soldaten eine Sache gekauft, sondern daß derselbe Geschäftsführer des Soldaten gewesen, aber nicht als Stellvertreter, sondern als Ersatzmann den Contract abgeschlossen hatte. Nach gemeinem Recht hätte der Soldat hier bloß die act. mand. oder neg. gest. auf Tradition der Sache gehabt, das Rescript aber gewährt ihm neben diesen Klagen »obtentu militiae« noch die reiv. util. Daß der Fall so construirt werden muß, schließe ich aus der Namhaftmachung jener beiden persönlichen Klagen. Man könnte einwenden, daß der Kaiser auch diese beiden Klagen gewährt habe, ohne daß die Voraussetzungen derselben vorhanden gewesen. Allein man beachte wohl, daß, während die reiv. als utilis be-

32) S. darüber A. C. J. Schmid, Handbuch des gegenwärtigen gemeinen Rechts. Bd. 1 S. 272; von Vangerow, Leitfaden, Bd. 1 § 332 Anm. 3 (Aufl. 6 S. 737); K. Sell, Dingl. Rechte, S. 347.

zeichnet, damit also rücksichtlich ihrer eine Abweichung von den ge- I. Jahrg. Bd. I.
wöhnlichen Grundsätzen zugestanden wird, dies rücksichtlich der
beiden andern Klagen nicht geschieht. Hätte es mit ihnen dieselbe S. 147.
Bewandtniß gehabt, d. h. wären auch sie ertheilt, ohne daß der
Impetrat wirklicher Mandatar oder neg. gestor des Soldaten
gewesen, wie konnte das Rescript, das dort den juristischen
Sprachgebrauch so genau beachtet und damit unverkennbar die
Hand des Juristen verräth, hier, wo es eine ungleich größere
Singularität verfügt haben würde, diesen Sprachgebrauch gänzlich
außer Acht lassen und dadurch unvermeidlich den Schein erregen, als
ob dieser Theil der Verfügung gar keinen Anstand habe? Aber ganz
abgesehen von der juristischen Abnormität einer act. mandati ohne
Mandat, ich frage: welche Entscheidungsnormen waren mit einer
so seltsamen Klage an die Hand gegeben? Und sodann, wozu war
sie nöthig? Sollte sie auf Restitution des Geldes oder Tradition
der gekauften Sache gehen? Im ersten Fall hätte sich der Zweck
viel einfacher durch andere persönliche Klagen erreichen lassen.
Entweder nämlich hatte der Impetrat das Geld auf Grund irgend
eines obligatorischen Verhältnisses in Händen, z. B. als Depositum, dann bedurfte es keiner besondern Klage, und am wenigsten
wäre die Mandatsklage angemessen gewesen. Oder er hatte es
gestohlen oder bona fide für das seinige gehalten; dann reichte die
condictio furtiva und sine causa aus. Im zweiten Fall aber
gewährte bereits die reiv. util. ein ungleich wirksameres Hülfsmittel.

Waren nun im vorliegenden Fall die act. mand. und neg.
gest. die der Strenge nach zuständigen Klagen, und nur die
reiv. util. diejenige, die obtentu militiae verliehen ward, so
haben wir damit auf Seiten des Impetraten das Verhältniß einer
Geschäftsführung gewonnen, und dies Moment für ein unwesentliches zu erklären, sind wir um so weniger berechtigt, als sich der
innere Zusammenhang desselben mit der Concession einer reiv. S. 148.
util., der bestimmende Einfluß, den gerade dies Moment auf den
Kaiser ausüben mußte, sehr wohl begreift. Wir gehen davon aus,

I. Jahrg. Bd. I. daß der Impetrant nach den Grundsätzen der act. mand. oder neg. gest. berechtigt war, die Tradition der Sache zu verlangen, also z. B. weil das Mandat ausdrücklich auf Ankauf der Sache gerichtet war (act. mandati), oder, wenn dies auch nicht der Fall, dem Impetraten vielmehr eine andere Verwendung des Geldes aufgetragen war, weil er diese Art der Anlage des Geldes im Interesse seines Mandanten substituirt hatte (act. negot. gest.). Die Statthaftigkeit dieser Annahme ergibt sich aus dem Bisherigen. Wenn einmal das Rescript nur die reivindicatio als u t i l i s bezeichnet, nur rücksichtlich ihrer von »obtentu m i l i t i a e« und »partes a e q u i t a t i s« spricht, wenn also die Abweichung zu Gunsten des Soldaten nur im e r s t e n Theil der Stelle zu suchen ist, die im zweiten Theil genannten Klagen aber als die normalen, auch einem Nicht-Soldaten zuständigen erscheinen, so ist damit unsere Ansicht gerechtfertigt, daß in dieser Stelle und damit für die reiv. util. des Soldaten überhaupt ein Kauf vorausgesetzt wird, den Jemand f ü r den Soldaten, aber nicht als Stellvertreter, sondern als Ersatzmann abgeschlossen und mit dessen Gelde erfüllt hat. Hätte hingegen Jemand immerhin als Mandatar oder neg. gest. für einen Soldaten Geld erhoben und damit eine bereits früher für sich selbst gekaufte Sache bezahlt (um einmal den unzweifelhaftesten Fall zu nehmen), so würde der Soldat die Klage
S. 149. nur auf Rückforderung des Geldes richten können [33]. Die Herausgabe der Sache könnte er mithin nur dann beanspruchen, wenn er entweder zum Ankauf derselben einen Auftrag gegeben, oder wenn der Beklagte den Contract als neg. gest. für ihn, wenn auch auf eignen Namen abgeschlossen hatte.

Die Verpflichtung zur Tradition der Sache auf Seiten des Impetraten vorausgesetzt, hätte nun der Impetrant im Fall unserer Stelle die Erfüllung derselben nach gemeinem Recht durch die

---

33) l. 8 Cod. si quis alteri (4. 50), l. 6 Cod. de reiv. (3. 32), l. 4 Cod. Comm. utr. (3. 38). J h e r i n g, Abhandl. aus dem römischen Recht S. 60, wo ich die im Text entwickelte Ansicht bereits mit zwei Worten angedeutet hatte.

persönliche Klage erzwingen müssen. Hier begreift es sich sehr I. Jahrg. Bd. I.
wohl, daß der Kaiser ihm das vortheilhaftere Rechtsmittel der reiv. util. einräumt. Nicht bloß daß dasselbe bereits bei andern privilegirten Personen in Anwendung gebracht war, sondern was die Verleihung desselben besonders motiviren konnte, war der Umstand, daß nur die Art der Abschließung des Kaufcontracts es verschuldet hatte, daß der Soldat nicht wirklicher Eigenthümer geworden war. Hätte der Impetrat, statt als Ersatzmann, als Stellvertreter den Contract abgeschlossen, so hätte der Soldat das Eigenthum und mithin die reiv. directa gehabt, und diese Unterlassung seines Geschäftsführers schien es billig durch Ertheilung der reiv. util. unschädlich zu machen.

Man pflegt sich für das Vorrecht des Soldaten noch auf eine andere Codex-Stelle zu berufen, die l. 2 Cod. de donat. i. V. (5. 16):

> Si ancillam nummis tuis comparatam esse Praesidi Provinciae probaveris donationisque causa focariae tuae nomine instrumentum emtionis esse conscriptum, eam tibi restitui jubebit. Nam licet cessante jure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.

Hier ist zwar von einem Kauf mit dem Gelde des Soldaten die Rede, allein nicht die geringste Hindeutung auf eine reiv. S. 150.
util.; es heißt bloß: restitui jubebit, auf welchem Wege aber die Restitution erwirkt werden soll, ob z. B. durch restitutio in integrum gegen die Schenkung, ob bei angenommener Nichtigkeit durch die reiv. directa, oder bei angenommener bloßen Anfechtbarkeit durch eine condictio sine causa, — darüber erklärt sich die Stelle nicht. Sodann aber: wo steht, daß die Beischläferin den Contract abgeschlossen? Ich meine, es ergibt sich umgekehrt, daß der Soldat selbst die Sklavin gekauft und bezahlt hatte, denn erst nachdem die Thatsache der Anschaffung der Sklavin und der Bezahlung derselben mit dem Gelde des Soldaten referirt ist, folgt die weitere Mittheilung, daß das Kaufinstrument schenkungshalber auf den Namen der Haushälterin

I. Jahrg. Bd. I. gestellt worden sei, und die Hervorhebung dieses Umstandes weist deutlich darauf hin, daß nicht sie selbst den Contract abgeschlossen hatte. Es ist also in der Stelle gar nicht von dem Fall die Rede, für den die l. 8 Cod. cit. eine reiv. util. ertheilt, daß nämlich ein Anderer mit dem Gelde des Soldaten eine Sache gekauft hat, sondern davon, daß der Soldat selbst es gethan und sodann die Sache verschenkt hat. Der Kaiser erklärt nun die Schenkung nach Analogie der Schenkung unter Ehegatten für unwirksam. Der Grund aber, warum der Soldat die Sache zurückerhält, ist nicht der, weil sie mit seinem Gelde angeschafft ist, sondern weil die Schenkung angefochten werden kann. Man sollte sich daher für die vorliegende Frage dieser Stelle gar nicht bedienen.

9) Reiv. util. bevormundeter Personen wegen der von ihren Vormündern mit ihrem Gelde erkauften Sachen.

Wie ein jeder Geschäftsführer, so kann auch ein Vormund bei
S. 151. den Rechtsgeschäften, die er mit dritten Personen im Interesse seines Mündels abschließt, entweder als Stellvertreter oder als Ersatzmann handeln. Unsere Quellen erkennen diese doppelte Möglichkeit ausdrücklich an[34]), und wenn auch regelmäßig die erstere Form der Geschäftsführung die angemessenere sein mag, so kann es doch Fälle geben, wo die zweite Form nicht bloß unbedenklich ist (z. B. beim Ankauf oder Verkauf unbedeutender Objecte), sondern durch das Interesse des Mündels dringend geboten erscheint (z. B. um dem Credit des Pupillen nicht zu schaden, oder weil der dritte Contrahent den Pupillen gar nicht kennt u. s. w.). Diese zweite Form der Geschäftsführung übt auch in diesem Verhältniß ihre regelmäßigen Wirkungen aus, d. h. der Ersatzmann wird ausschließlich berechtigt und verpflichtet, Gläubiger und Schuldner, und berechnet sich hinterher mit dem Pupillen. Bei dem Ankauf einer Sache entsteht also in seiner Person Besitz und Eigenthum,

---

34) Vergleiche z. B. die l. 2 quando ex facto (26. 9) Si . . . in nomen suum emerit mit l. 13 de A. R. D. (41. 1) .. emendo nomine pupilli.

und insofern er dieselbe bei Auflösung des vormundschaftlichen Verhältnisses dem Mündel vorenthält, hat letzterer nach allgemeinen Grundsätzen nur die act. tutelae auf Beschaffung der Tradition. Das römische Recht hat hier nun dem Pupillen für den Fall, daß der Kaufpreis mit seinem Gelde entrichtet ist, dieselbe Begünstigung zu Theil werden lassen, wie dem Soldaten die reiv. util. I. Jahrg. Bd. I.

l. 2 quando ex facto (26. 9): Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data ipse stipulatus fuerit vel praedia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam.

Die herrschende Lehre faßt auch hier die Voraussetzungen S. 152. dieser Klage viel allgemeiner, sie erfordert nur Kauf von Seiten des Vormundes mit dem Gelde des Pupillen. Allein nach der Art und Weise, wie Ulpian sich in der in der Note citirten Stelle, der einzigen, in der die Klage erwähnt wird[35]), ausdrückt, ist es mir kaum zweifelhaft, daß er nur das obige Verhältniß im Auge gehabt hat. In nomen suum emere heißt doch nicht „für sich selbst kaufen," sondern es liegt darin umgekehrt, daß der Vormund nicht für sich, sondern für den Pupillen gekauft und nur den Contract auf seinen Namen gestellt hat; ich erinnere an die Bemerkung über die ähnliche Redewendung der so eben berücksichtigten l. 2 Cod. de don. i. V. (5. 16). Daß Ulpian hier nicht an eine Verwendung des Geldes in des Vormunds eignem Interesse gedacht hat, geht auch aus dem zweiten Fall, dessen er gedenkt, dem der Stipulation hervor. Wollte er dem Pupillen schlechthin eine act. util. geben, wenn der Vormund dessen Geld ausgeliehen hatte, warum erwähnt er nicht den nächstliegenden Fall, daß der Vormund ein reines, d. h. nicht in Stipulationsform eingekleidetes Darlehn auf eignen Namen gegeben, warum beschränkt er die Klage auf den Fall: si ipse stipulatus fuerit?

---

35) Die l. 3 Cod. arb. tut. (5. 51), welche unten berücksichtigt werden wird, erwähnt unsere Klage nicht.

I. Jahrg. Bd. I. Nach der von mir aufgestellten Ansicht begreift sich dies sehr wohl.
Denn ein einfaches mutuum konnte bekanntlich mit der Wirkung
auf Namen eines Andern gestellt werden, daß letzterer unmittelbar
daraus eine Klage erwarb [36]. Nicht aber eine Stipulation; sie
mußte stets auf den Namen des Stipulanten lauten. Bedurfte
es also bei dem Darlehn einer Stipulation, z. B. um die Zins-
S. 153. obligation zu begründen, und konnte nicht etwa der Pupill selbst sie
abschließen, so blieb dem Vormund, wenn er auch noch so sehr die
Absicht hatte, für den Pupillen zu handeln, nichts übrig, als die
Stipulation auf eignen Namen zu fassen, also als Ersatzmann zu
fungiren. Für die Annahme nun, daß Ulpian dies Verhältniß
im Auge gehabt hat, scheinen mir auch die Worte: ipse stipulatus fuerit zu sprechen, denn dies »ipse« involvirt hier den Gegensatz: nicht der Pupill; es mußte mithin auch ein Stipuliren des
Pupillen denkbar gewesen, d. h. das Geschäft für ihn abgeschlossen
worden sein. Kehren wir nun zu unserm eigentlichen Fall zurück,
so bedient sich Ulpian hier noch eines andern Wortes, das uns
als Anhaltspunkt dienen kann, nämlich si praedia emerit.
Warum praedia, warum nicht jede beliebige Sache, »quaedam,«
wie es in dem Rescript bei den Soldaten heißt? Der Grund scheint
mir folgender zu sein. An einem Grundstück konnte der Vormund
mit dem besten Willen dem Pupillen nicht unmittelbar das Eigenthum erwerben, denn die mancipatio und in jure cessio, durch
die allein der Erwerb sich bewerkstelligen ließ, schlossen jede Stellvertretung aus, er mußte sie also nothwendigerweise als Ersatzmann vornehmen. Bei res nec mancipi verhielt sich dies anders,
denn da bei ihnen die Tradition das Eigenthum verlieh, die Tradition aber eine Stellvertretung zuließ, so konnte der Vormund,
wenn er wollte, diese Sachen unmittelbar dem Pupillen erwerben.
Rücksichtlich ihrer bedurfte es also keiner reiv. util., während bei
den res mancipi das Recht selbst den unmittelbaren Erwerb unmöglich machte, und um diese Differenz, um diese nachtheiligen

---

36) l. 126 § 2 de V. O. (45. 1) verb. Plane etc.

Folgen der Strenge des Rechts in Bezug auf die Stellvertretung I. Jahrg. Bd. I.
beim Erwerb der res mancipi, soweit es möglich war, auszugleichen, hatte die Praxis dem Mündel eine reiv. util. gegeben.

Wir haben bisher angenommen, daß dem Vormund im Fall S. 154.
unserer Stelle die Grundstücke bereits tradirt worden seien. Die Stelle selbst spricht aber bloß von einem: praedia emerit, streng genommen dürften wir also nichts Weiteres als den Abschluß des Kaufcontracts supponiren, so daß mithin die Grundstücke sich noch bei dem Verkäufer befinden könnten, und die reiv. util. des Pupillen dann gegen letztern ginge. Allein ich glaube, wir müssen bei jener Annahme, von der auch die herrschende Ansicht ausgeht, ohne sie freilich zu rechtfertigen oder sich auch nur einmal der andern Möglichkeit bewußt zu werden, verbleiben. Daß emere, comparare etc. nicht bloß für den Abschluß des Contracts, sondern nicht selten auch für die Erfüllung desselben durch Tradition, das erfolgreiche Kaufen gebraucht wird, ist bekannt. Um nun in unserer Stelle diese letztere Bedeutung zu Grunde zu legen, glaube ich nicht bloß den Umstand geltend machen zu dürfen, daß der Vormund den Kaufpreis bereits entrichtet hat, und am wenigsten doch ein Vormund die Sache bezahlen wird, ohne sie sich zugleich tradiren zu lassen, sondern ich werfe dafür namentlich die Natur unserer reiv. util. in die Wagschale. In allen andern Fällen nämlich erscheint dieselbe durchgehends als ein gesteigertes Mittel zur Geltendmachung einer Obligation, setzt also in der Person dessen, gegen den sie angestellt werden soll, eine Verpflichtung zur Tradition an den Kläger voraus. In dem vorliegenden Fall hingegen würde es an einer solchen Obligation zwischen dem Pupillen und dem Verkäufer fehlen, denn der Verkäufer ist nur dem Vormund verpflichtet, da letzterer die Sache »in nomen suum« gekauft hat, der Vormund hat aber, so lange noch nicht tradirt oder mancipirt ist, keine reiv., die als utilis auf den Pupillen hätte übertragen werden können.
Letzterer würde, wenn der Verkäufer noch besäße, gegen ihn als S. 155.
utilis actio nur die act. emti des Vormundes erhalten.

I. Jahrg. Bd. I. Demnach müssen wir den Vormund als Besitzer und Eigenthümer der Sache betrachten, und der vorliegende Fall der reiv. util. erscheint also als ein genaues Seitenstück des vorigen, d. h. in beiden Fällen handelt es sich um die reiv. util. gegen einen Ersatzmann.

Erst jetzt wird es möglich sein, den Einfluß zu bestimmen, den die l. 3 Cod. arb. tut. (5. 51) auf unsere Frage ausübt. Ein Vormund hatte das zum Ankauf von Grundeigenthum zurückgelegte Mündelgeld erhoben und sich ein Grundstück damit gekauft. Der Kaiser verstattet nun dem Mündel die Wahl, utrum malis in emptione negotium tibi eum gessisse, an quia in usus suos pecuniae conversae sunt, legitimas, usuras ab eo accipere. Nach allgemeinen Grundsätzen hätte der Mündel bloß letzteres verlangen können, denn der Umstand, daß Jemand mit fremdem Gelde eine Sache kauft, gibt dem Eigenthümer des Geldes kein Recht, den Kaufcontract als für sich geschlossen zu betrachten. Es frägt sich nun, ob der Mündel auch in diesem Fall die reiv. util. hat? Die Stelle selbst erwähnt die Klage nicht. Dennoch aber dürfte sie dem Mündel kaum abzusprechen sein. Denn der Kaiser gibt letzterem das Recht, den Kauf als für sich geschlossen zu ratihabiren (negotium tibi gessisse), die Handlung des Vormundes soll also als die eines (unfreiwilligen, fingirten) Ersatzmannes gelten, vermöge dieses Gesichtspunktes aber ist die reiv. util. begründet. Die Abweigung liegt jedoch nicht darin, daß die Klage hier gegen eine andere Person als den Ersatzmann gegeben würde, sondern daß eine Handlung als die eines Ersatzmanns angesehen werden soll, die nicht in dieser Absicht vorgenommen worden ist, kurz die Abweichung betrifft nicht die reiv.
S. 156. util., sondern die Lehre von der Geschäftsführung. Der Rechtssatz, um den uns diese Stelle bereichert, lautet: ein Vormund, der mit dem Gelde des Mündels kauft, gilt nach einer praesumtio juris et de jure als Ersatzmann desselben, möge er die Absicht gehabt haben, für sich selbst oder für ihn zu kaufen.

Das römische Recht hat den bevormundeten Personen an den

mit ihrem Gelde erkauften Sachen ein Pfandrecht verliehen[37]), I. Jahrg. Bd. I.
einerlei, wer der Käufer ist, ob der Vormund oder eine andere Person. Wie verhält sich dasselbe zu unserer reiv. util.? Ganz allgemein lehrt man auch hier, wie in dem Fall 4, daß der Berechtigte zwischen Pfandrecht und Eigenthum wählen müsse[38]). Allein die Quellen schreiben eine solche Wahl nicht vor, und es kann und muß hier mithin dasselbe eintreten, was bei Fall 4 über diese Frage bemerkt ist. Wenn also der Vormund die Sache einem Andern verpfändet hatte, der Mündel aber mit der reiv. util. die Herausgabe derselben erwirkt, so ist das Verhältniß nicht anders zu beurtheilen, als wenn ein vorstehender Pfandgläubiger vom Verpfänder das Eigenthum der verpfändeten Sache erwirbt; der Mündel behält mithin gegen den nachstehenden die exc. doli rücksichtlich des Betrages seiner Pfandforderung. Involvirte die Anstellung der reiv. util. einen Verzicht auf das Pfandrecht, so ginge dem Mündel diese Deckung verloren, und müßte er umgekehrt, um sich das Pfandrecht zu sichern, auf die reiv. util. verzichten, so könnte ihm dies unter Umständen, wenn z. B. der Kauf S. 157.
ein höchst vortheilhafter war, oder die Preise dieser Art von Sachen im Steigen begriffen sind, nicht minder unvortheilhaft sein.

Man streitet sich noch über die Frage, ob die reiv. util. bloß den Pupillen und Minderjährigen, oder schlechthin allen bevormundeten Personen zuzugestehen ist[39]). Die letztere Ansicht verdient offenbar den Vorzug, denn die l. 2 cit. von Ulpian redet

37) l. 3 pr. de reb. eor. (27. 9), l. 6 Cod. de servo pign. dato (7. 8). Glück, Commentar, Bd. 19. S. 48 fl. Sintenis, Pfandrecht, S. 303.

38) Glück a. a. O. S. 56, von Vangerow, Leitfaden § 332, Anmerkung 3 (6. Aufl. S. 738), Schmid, Handbuch des gemeinen Rechts, Bd. 1. S. 273 u. a. m.

39) Der ersten Ansicht sind z. B. Glück, Commentar Bd. 8. S. 159, Thibaut, Pandekten § 707, Göschen, Vorles. § 234 und einige Andere, die zweite läßt sich heutzutage als die herrschende bezeichnen. von Vangerow, Leitfaden a. a. O. (6. Aufl. S. 737). Schmid a. a. O. S. 273. K. Sell, Dingl. Rechte S. 348.

I. Jahrg. Bd. I. schlechthin von Tutoren und Curatoren, und wenn man wegen der Rubrik des Titels dieser Stelle: quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt die l. 3 auf die Altersvormundschaft hat beschränken wollen, so ist dagegen mit Recht bemerkt, daß die l. 5 pr. desselben Titels von einem curator furiosi spricht. Die Praxis hat dies Vorrecht auch auf Kirchen ausgedehnt[40]).

Da ich im Folgenden oft auf die bisher erörterten 9 Fälle unserer Klage verweisen werde und dies der Abkürzung wegen mit Zahlen zu thun wünsche, so will ich zur Bequemlichkeit des Lesers die einzelnen Fälle hier tabellarisch zusammenstellen.

Fall 1) Rückforderung einer don. sub modo dandorum alimentorum.
„ 2) „ der Brautgeschenke.
„ 3) „ der donatio mortis causa.
„ 4) „ der dos.
„ 5) „ der donatio inter virum et uxorem.
S. 158. „ 6) „ der bemalten Tafel.
„ 7) „ des eingepflanzten Baumes.
„ 8) reiv. util. des Soldaten.
„ 9) „ „ bevormundeter Personen.

III. Die reiv. util. — Theorie derselben.

Das in dem Bisherigen aufgeführte Material enthält zwar keine directen Aussprüche über die Natur und den Zweck unserer Klage, allein ich halte es doch für ausreichend, um uns eine vollständige Theorie derselben daraus zu construiren. Wir wollen diese Theorie in der Weise geben, daß wir die einzelnen Momente zur Charakteristik unserer Klage in Form von Thesen zusammentragen, indem wir von dem Allgemeineren zum Besonderen niedersteigen.

---

40) Glück u. Schmid a. a. O.

1) Die reiv. util. ist eine auf Uebertragung des Eigenthums gerichtete Klage. I. Jahrg. Bd. I.

So wird sie uns nicht bloß in Fall 1 ausdrücklich bezeichnet:

> vindicationem utilem i. e. actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur,

sondern es ergibt sich dies auch aus ihrer ganzen Structur. Darin liegt aber, daß der Kläger selbst nicht Eigenthümer ist[41]). Gegen diesen obersten Grundsatz hat man nicht bloß bei manchen einzelnen Fällen gefehlt, indem man bei ihnen einen Rückfall des Eigenthums angenommen (Fall 3, 4) oder von dem Erwerb einer Sache für einen Andern gesprochen hat (Fall 8, 9), sondern auch bei der S. 159. Charakteristik der Klage überhaupt. Hätte man sich klar gemacht, daß der Inhaber dieser Klage zur Sache in keinem andern Verhältniß steht, als jeder Käufer, bevor ihm die Sache tradirt ist, so hätte man dasselbe nicht als eine Art Eigenthum, dominium utile, oder welche Ausdrücke man sonst für diese Idee gewählt hat[42]), bezeichnen können. Ebensowenig wäre man dann auf die Idee gekommen, die Existenz der reiv. util. in denjenigen Fällen, wo sie mit einem Pfandrecht des Klägers zusammentrifft (Fall 4 u. 9), im Widerspruch mit unsern Quellen entweder ganz zu läugnen und sie für eine hypothecaria act. auszugeben[43]) oder dem Kläger aufzugeben, zwischen beiden zu wählen. Eben weil die reiv. util. mit dem Eigenthum nichts weiter gemein hat, als die act. emti, erscheint sie auch in Verbindung mit Klagen, die sonst in einem ausschließenden Verhältniß zum Eigenthum stehen, namentlich der condictio (Fall 2, 3) und der act. hypothecaria (Fall 4).

---

41) Außer dem im Text angeführten Zeugniß s. noch die l. 5 § 3 de R. V. (6. 1), welche indirect dem Kläger das Eigenthum abspricht.

42) Wie z. B.: „es sei ihm gestattet, sich als Eigenthümer der Sache zu geriren" (Sell), „der Vindicant könne die Sache als die seinige betrachten" (Göschen). S. oben Note 10.

43) Löhr in seinem Magazin Bd. 4. S. 140. fl. Marezoll ebendaselbst S. 306 fl.

I. Jahrg. Bd. I. Ist aber der Beklagte Eigenthümer, so kann er, da unsere Klage nicht die Kraft eines Veräußerungsverbots hat, bis zur wirklichen Anstellung derselben und damit erfolgter Litigiosität der Sache ganz wie jeder andere Eigenthümer darüber disponiren. Namentlich gilt auch rücksichtlich der Usucapion eines Dritten die Sache als die seinige, so daß also z. B. im Fall 9 das Privilegium der Minderjährigen in Bezug auf die Usucapion nicht zur Anwendung kommen kann. Daß der Eigenthümer vindiciren darf,
S. 160. braucht gar nicht bemerkt zu werden. Der Einfluß, den das etwaige Pfandrecht des Klägers ausüben kann (Fall 4 und 9), gehört nicht hierher.

2) Sie ist auf die Eigenthumsübertragung entweder schlechthin oder nur eventuell gerichtet.

Schon bei der Aufzählung der einzelnen Fälle waren wir gezwungen, der beiden Functionen unserer Klage zu gedenken. In 5 Fällen (1, 2, 3, 8, 9) geht sie schlechthin auf Uebertragung des Eigenthums (absolute, directe Function), und im Fall 4 wenigstens insoweit, als die reelle Restitution der Dotalsachen gefordert werden kann. Der Beklagte kann sich in allen diesen Fällen der Restitution nicht durch Anerbieten einer andern Leistung entziehen. In den andern Fällen hingegen enthält die reiv. util. nur einen eventuellen Zwang auf Eigenthumsübertragung (eventuelle, indirecte Function). Die Eigenthumsübertragung ist hier, um einen bekannten Sprachgebrauch der Quellen darauf anzuwenden, in actione oder condemnatione, dagegen eine andere Leistung in solutione[44]), d. h. die Verurtheilung zur

---

44) Am ersten ließe sich hier die Noxalklage in Vergleich bringen, auch sie ist auf Eigenthumsübertragung gerichtet, aber der Beklagte kann letztere durch Ersatz des Schadens abwenden. Auch bei der reiv. directa kann ein ähnliches Verhältniß vorkommen, nämlich dadurch, daß der Beklagte die exc. rei vend. et traditae vorschützt und sich zur Zahlung des Kaufpreises erbietet. Kann dagegen die Zahlung nicht erreicht werden, z. B. im Fall eines Concurses oder Moratoriums, so wird die reiv. durch diese exc. nicht beseitigt. l. 5 § 18 de trib. act. (14. 4), l. 50 de act. emti (19. 1).

Herausgabe der Sache erfolgt erst dann, wenn der Beklagte nicht I. Jahrg. Bd. I.
bereit und im Stande ist, eine Geldleistung, zu der er dem Kläger verpflichtet ist, zu beschaffen. Unsere Klage hat hier also die Natur einer act. hypothecaria; ein gesetzliches Pfandrecht in S. 161.
Form der reiv. In dieser zweiten Function ist die Klage ausdrücklich bezeugt nur im Fall 5, allein im Fall 6 kann sie, jedenfalls wenigstens seit Justinian, keinen andern Sinn haben, und nach Analogie des ersten Falls habe ich sie oben in Fall 4 rücksichtlich der res dotales venditionis causae aestimatae und der res ex dotali pecunia comparatae, nach Analogie des zweiten Falles aber in Fall 7 angenommen.

3) Sie ist nur gegen den zur Eigenthumsübertragung (schlechthin oder eventuell) verpflichteten Eigenthümer gerichtet.

Diese Beschränkung ist für die Erkenntniß der eigenthümlichen Natur unserer Klage von entscheidendem Einfluß, und gerade sie ist bisher völlig übersehen [45]). Dies war allerdings um so eher möglich, als jene Beschränkung in unsern Quellen nirgends ausdrücklich erwähnt wird, und als man, wenn man mit der Vorstellung der gewöhnlichen oder cedirten reiv. an unsere Klage herantritt, gerade eine solche Beschränkung am wenigsten erwarten kann. Unterschiede sich unsere reiv. util. nur dadurch von der directa, daß ein Nichteigenthümer sie anstellt, so würde sie ähnlich wie die cedirte reiv. und die reiv. util. im vulgären Sinn auch gegen dritte Besitzer der Sache gehen. Allein von der Idee einer Aehnlichkeit beider Klagen und gar der Idee einer gesetzlichen S. 162.
Cession hat man sich völlig loszureißen. Die reiv. dir. geht gegen den besitzenden Nicht-Eigenthümer der Sache, die util. aber gegen den Eigenthümer, läßt sich mithin nicht unter

45) Ich brauche hier keinen einzelnen Schriftsteller zu nennen. Bei allen, die ich verglichen habe, findet sich die Ansicht, daß die reiv. util. gegen Dritte gehe, als unzweifelhafte, keines weitern Beweises bedürfende, ja man streitet sogar darüber, was der Kläger dem Dritten gegenüber zu beweisen habe. v. Vangerow a. a. O. S. 739.

I. Jahrg. Bd. I. den Gesichtspunkt einer gesetzlichen Cession bringen. Denn wo dieser Gesichtspunkt möglich sein soll, muß die durch cessio legis übertragene Klage denselben Inhalt und dieselbe Natur beibehalten, die sie in der Person des ursprünglichen Inhabers an sich trug. Dies ist nicht bloß bei den act. in personam utiles der Fall, sondern auch bei der act. in rem utilis im vulgären Sinn. Eine reiv. util. der letztern Art würde wie die directa nie gegen den Eigenthümer selbst denkbar sein; gegen sich selbst hat der Eigenthümer keine reiv. und kann sie mithin auch nicht cediren.

Diese unzweifelhafte Abweichung unserer Klage von der reiv. dir. hätte nun schon von vornherein alle Schlüsse von letzterer auf erstere mehr als bedenklich machen sollen. Wenn man aber das herrschende Dogma von der unbeschränkten Richtung derselben gegen dritte Besitzer nur etwas weiter in seinen praktischen Consequenzen verfolgt hätte, so wäre man auf so viel unlösbare Fragen gestoßen, daß man dasselbe schwerlich würde beibehalten haben. Geht die reiv. util., wenn sie sich einmal nicht auf den ursprünglichen Eigenthümer (wir wollen ihn von jetzt an mit seinem wahren Namen als den Verpflichteten bezeichnen) beschränkt, bloß gegen dritte Besitzer oder auch gegen dritte Eigenthümer? Wie, wenn die letzteren das Eigenthum nicht durch Tradition vom Verpflichteten, sondern durch Usucapion erworben haben? Schwebt hier immer noch das Damocles-Schwert der
S. 163. reiv. util. über ihrem Haupt? Kann der Verpflichtete durch eine totale Veräußerung des Eigenthums den Erfolg der reiv. util. nicht vereiteln, so kann er es ebensowenig durch eine partielle, mithin sind auch die Pfänder, Servituten, die er bestellt hat, ungültig, die reiv. util. lähmt also sein Eigenthum, sie hat die Wirkung eines gesetzlichen Veräußerungsverbots. Wann beginnt nun dieser Zustand der Lähmung, und wie lange dauert er? Entsteht er, sowie die reiv. util. nata, und dauert er, bis sie verjährt ist? Wie verhält es sich mit den Einreden des dritten Besitzers? Kann er dem Inhaber der reiv. util. dieselben Einreden entgegenstellen, wie dem ursprünglichen Inhaber der reiv. dir., nament-

lich also z. B. die exc. rei vend. et traditae? Läuft für die reiv. util., wenn ein Dritter die Sache besitzt, eine andere Verjährung, als für die reiv. dir. des Verpflichteten, oder ist sie, wenn letztere verjährt ist, eben damit auch erloschen? Welchen Anhaltspunkt haben wir zur Beantwortung aller dieser Fragen? Beurtheilen wir die reiv. util. ganz nach der dir., so daß erstere nur so lange und nur insoweit gegen dritte Besitzer wirksam ist, als letztere, so ist es um sie geschehen, wenn der ursprüngliche Verpflichtete sein Eigenthum veräußert. Gehen wir aber von der Idee ihrer Unabhängigkeit von der dir. aus, betrachten wir sie also als eine völlig selbständige Klage, welche Normen bietet uns das Recht für sie dar? I. Jahrg. Bd. I.

Das Schweigen unserer Quellen über alle diese Fragen, der gänzliche Mangel auch des geringsten Anhaltspunktes zur Beantwortung derselben erklärt sich nun ganz einfach daraus, daß die reiv. util., die sie im Sinn haben, zu all diesen Fragen gar keinen Anlaß gibt. Denn diese quellenmäßige reiv. util. geht nur gegen den Verpflichteten selbst, sie stützt sich auf eine in seiner Person vorhandene O b l i g a t i o n und bezweckt nur ein wirksameres Mittel zur Geltendmachung derselben, als es die in pers. act. gewährt. S. 164.

Wir wollen zunächst nachweisen, daß die reiv. util. lediglich gegen den Verpflichteten, nicht gegen dritte Besitzer oder Singularsuccessoren desselben geht.

Schon die einzige Legaldefinition, die uns von ihr in Fall 1 gegeben wird, vindicatio utilis i. e. actio, qua d o m i n i u m pristinum tibi r e s t i t u a t u r, hätte auf den rechten Weg führen sollen. Die Klage wird hier als ein Mittel bezeichnet, die Erfüllung einer auf Restitution des Eigenthums gerichteten Verpflichtung zu erzwingen. Wie aber sollte der spätere Erwerber der Sache in diese Verpflichtung succediren? Im Fall 2 wird zwar bei den unmittelbar entscheidenden Worten (per condictionem aut per utilem actionem in rem redhibeantur) der Voraussetzung, daß die Sachen noch im Vermögen der beschenkten

I. Jahrg. Bd. I. Braut vorhanden seien, nicht gedacht, wohl aber in dem vorhergehenden, das Rückforderungsrecht der Braut selbst betreffenden Passus der Stelle: et si quid apud donatorem (dem Bräutigam, der seinerseits ebenfalls beschenkt war) resedit, ad sponsam... transferatur, und es kann wohl um so weniger zweifelhaft sein, daß dieselbe Voraussetzung auch bei der darauf folgenden Bestimmung über das Rückforderungsrecht des Bräutigams zu subintelligiren ist, als eine Vindication der Geschenke von dritten Besitzern die Evicten mit Evictionsansprüchen gegen den Beschenkten treiben könnte, dieses Resultat aber der bloß auf die gegenwärtige Bereicherung gerichteten Rückforderung der Braut-Geschenke entschieden widersprechen würde.

Dem Fall 3 läßt sich für unsere Frage nichts entnehmen,
S. 165. im Fall 4 hingegen ist nicht minder wie in Fall 5 das gegenwärtige Vorhandensein der Sachen im Vermögen des Beklagten zur ausdrücklichen Voraussetzung der Klage gemacht. Dort heißt es: si tamen exstant, hier ebenfalls: res exstant und non enim quaerimus, quid . . . sed quid ex re mulieris possideat.

Daß Gajus im Fall 6 die reiv. util. nur gegen den Maler, nicht gegen dritte Personen verstattet, lehrt der Augenschein. In der angeführten Stelle seiner Institutionen (II. 78) sagt er ausdrücklich, at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio adversus te dari debeat, und auch daraus, daß er für den Eigenthümer der Tafel außer dieser reiv. util. gegen den Maler keine andere Klage aufzufinden vermag, als die act. furti gegen den Dieb, geht deutlich hervor, daß er die reiv. nur gegen den Maler zugestehen will. Die Redactoren der justinianischen Institutionen haben sowohl jene entscheidenden Worte (at si is, qui pinxit, possideat, ... adversus eum etc.) als die Verweisung auf die act. furti beibehalten. In der Pandektenstelle lauten die Worte des Gajus nicht minder bestimmt (adversus eum, qui pinxerit, si is tabulas possideat).

Aus Fall 7 und 8 läßt sich nichts entnehmen, dagegen bietet uns Fall 9 ein um so schlagenderes Argument dar. Hätte näm-

lich der Mündel seine reiv. util. auch gegen dritte Besitzer, so I. Jahrg. Bd. I.
könnte man zunächst fragen: warum man es noch für nöthig hielt, ihm an den mit seinem Gelde erkauften Sachen ein Pfandrecht[46]) zu gewähren? Allein völlig unerklärlich würde es sein, wie die in der Note citirte l. 6 Cod. den Grund, warum die mit dem S. 166.
Gelde des Mündels erkauften Sklaven durch eine Manumission von Seiten des Tutors nicht frei würden, darein setzt: quoniam hujusmodi servi sicut ceterae res pupillaribus pecuniis emtae jure pignoris ex constitutione divorum parentum meorum obligati sunt.

Um die Beweiskraft dieses letzten Arguments zu fühlen, muß man sich zunächst darüber klar werden, daß, wenn überhaupt die reiv. util. gegen Andere, als den Verpflichteten zuständig wäre, sie nicht bloß oder, streng genommen, überall nicht gegen die jetzigen Besitzer der Sache, sondern nur, jedenfalls aber auch gegen die jetzigen Eigenthümer derselben gerichtet werden könnte. Denn ist sie, so lange der Verpflichtete besitzt, eine Klage gegen den Eigenthümer, so könnte sie auch in ihrer Erstreckung gegen andere Personen diesen Charakter nicht verläugnen, d. h. sie müßte auch gegen die Singularsuccessoren im Eigenthum gehen. Das hieße aber m. a. W.: der Verpflichtete kann durch Aufgabe seines Eigenthums den Erfolg der reiv. util. nicht vereiteln, seine Veräußerung ist für letztere völlig unschädlich. Aus dem Grunde wäre denn auch die Manumission der Sklaven, die ja nur einen Akt der Veräußerung enthält[47]), unwirksam, und der Kaiser hätte in der l. 6 Cod. cit. den Impetranten nicht auf das Pfandrecht, sondern auf die reiv. util. verweisen müssen. Das Pfandrecht sicherte ihn nur wegen des Kaufpreises, schloß aber eine Vorenthaltung der Sklaven, wenn der Besitzer die Pfandforderung abtragen wollte, nicht aus. Lag dem Mündel aber daran, die Sklaven selbst zu erhalten, so konnte

46) Es stützt sich auf eine in l. 6 Cod. de servo pign. (7. 8) erwähnte Constitution von Septimius Severus und Caracalla.

47) l. 7 Cod. de reb. alien. (4. 51).

I. Jahrg. Bd. I. nur eine derartige reiv. util. helfen. Denken wir uns statt
S. 167. dieser Art der Veräußerung eine andere, z. B. also Verkauf der Sklaven an einen Dritten, so würde der Mündel nach der l. 6 cit. auch hier nur die act. hypothec. haben, während die herrschende Lehre ihm die reiv. util. zugestehen müßte.

Zu den bisher geltend gemachten Gründen gesellt sich theils das nicht unwichtige negative Moment, daß einer Richtung der reiv. util. gegen dritte Personen nirgends in unsern Quellen gedacht wird, theils und vor Allem aber die obligatorische Tendenz der Klage. Der Anspruch auf Eigenthums**übertragung**, der mittelst ihrer geltend gemacht wird, ist wesentlich obligatorischer Art, es ist eine **Leistung**, die hier verlangt wird, also etwas, was sonst den Gegenstand einer Obligation ausmacht. In allen neun Fällen tritt die reiv. util. nur als Begleiterin und Dienerin einer Obligation auf und wird in ihrem Erfolge durch letztere in dem Maße bestimmt, daß, wo die Obligation selbst auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist, auch sie selbst sich diesem Zweck accommodirt, d. h. durch Entrichtung der Summe beseitigt werden kann. Daraus folgt nun zwar nicht die juristische **Unmöglichkeit** ihrer Richtung gegen dritte Personen — das Pfandrecht würde diese Behauptung widerlegen — allein wenn uns nicht die Wirklichkeit dieser ihrer Richtung bewiesen wird, so werden wir dieselbe nicht annehmen dürfen, da eine Beschränkung der Klage auf dieselbe Person, gegen die auch die persönliche Klage geht, jedenfalls das Einfachere, Natürlichere ist, vorausgesetzt, daß sie auch in dieser ihrer Beschränkung einen vernünftigen Sinn hat. Dies führt uns auf den eigentlichen legislativen Zweck unserer Klage und damit auf einen Punkt, der die bisherige Ausführung noch wesentlich unterstützen und vervollständigen wird.

S. 168. **4) Die reiv. util. bezweckt nur die Verstärkung oder Steigerung einer persönlichen Klage.**

Um den Zweck, der zur Einführung unserer Klage in der obigen Beschränkung Veranlassung gegeben hat, zu ermitteln,

haben wir nur die Frage zu beantworten, welche Vortheile sie im I. Jahrg. Bd. I. Vergleich mit einer persönlichen Klage darbot. Wir können zwei namhaft machen, von denen der eine, weil er in einer uns fremden Eigenthümlichkeit des römischen Prozesses seinen Grund hat, seinen praktischen Werth heutzutage verloren, der andere denselben aber auch im heutigen Recht beibehalten hat; letzterer bezieht sich auf den Fall des Concurses, der erstere ist davon unabhängig.

Es war bekanntlich eine Eigenthümlichkeit des römischen Prozesses, daß jede Condemnation auf Geld lauten mußte. So sehr sich diese Einrichtung aus legislativ-politischen Gründen empfahl, so konnte sie doch in manchen Fällen für den Kläger höchst unbequem und wirklich unbillig sein. Dann nämlich, wenn seine Klage eine Sache betraf, die ihn nicht bloß von Seiten ihres Geldwerthes interessirte, sondern für ihn ein individuelles Interesse hatte, ihm durch längern Besitz oder als Andenken an eine andere Person lieb und theuer war. Ihm statt der Sache selbst den Geldwerth derselben zuwenden, hieß ihn zwingen, eine Sache zu verkaufen, die ihm für Geld nicht feil war. Der römische Scharfsinn erfand nun ein Mittel, um unbeschadet jenes obersten Grundsatzes der Geldcondemnation den Beklagten dennoch zur Herausgabe der Sache zu zwingen. Der Richter erließ vor der eigentlichen Condemnation ein arbitrium, wodurch er dem Beklagten die reelle Restitution der Sache auferlegte. Dies arbitrium war unverbindlich, aber die Nichterfüllung desselben setzte den Beklagten bei S. 169. der Bestimmung der Condemnationssumme solchen Nachtheilen aus, der Betrag derselben konnte durch das juramentum in litem des Klägers so sehr ins Unbegrenzte gesteigert werden, daß diese indirecte Erzwingung des arbitrium den directen Zwang in der Regel völlig entbehrlich machte. In späterer Zeit ließ man auch eine directe Execution des arbitrium zu[48].

48) Auf die bekannte Streitfrage, ob die l. 68 de R. V. (6. 1) interpolirt ist, lasse ich mich hier natürlich nicht ein.

I. Jahrg. Bd. I. Dies prozessualische Privilegium aller auf ein restituere und exhibere gerichteten Klagen fand nun unter andern auch bei der reivindicatio Statt, wenigstens gab es eine Form derselben (die petitoria formula), durch die man sich bei ihr desselben theilhaftig machen konnte. Dahingegen fiel es hinweg bei allen persönlichen Klagen, die nicht auf Rückgabe, sondern auf ursprüngliche Erlangung einer Sache gingen, wie z. B. die act. emti, praescriptis verbis, und sodann bei allen actiones stricti juris, selbst wenn sie auf Rückgabe gingen, z. B. die condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum. Wo also die Rückgabe der Sache nur mittelst einer Condiction zu erreichen war, wie z. B. bei Rückforderung einer don. mortis causa, don. sub modo u. s. w. mußte der Kläger sich mit dem Geldwerth der Sache abfinden lassen. Gab man ihm nun neben oder statt dieser Klage eine reiv. util., so hieß dies in der Sprache des römischen Prozesses: der Kläger kann hier statt des Geldwerthes die Sache selbst fordern, es findet also namentlich das indirecte Zwangsmittel des juram. in litem und (in späterer Zeit) die directe Execution durch Wegnahme der Sache Statt. Das Verfahren bei der reiv. bot auch sonst noch einige Vortheile vor dem der persönlichen
S. 170. Klagen, namentlich den Condictionen dar, z. B. Uebertragung des Besitzes von dem Beklagten auf den Kläger, wenn ersterer ihn geläugnet, allein in ihnen wird der bestimmende Grund zur Einführung der reiv. util. schwerlich gelegen haben. Der von uns angegebene Vorzug reicht jedenfalls vollkommen aus, um die Gewährung derselben auch außer dem Fall des Concurses des Schuldners zu motiviren.

Während nun der bisher erörterte Vortheil der reiv. util. mit der angegebenen Eigenthümlichkeit des römischen Prozesses bei uns hinweggefallen ist, hat unsere Klage dagegen für den Fall des Concurses auch heutzutage eine hohe Bedeutung. Dieselbe besteht darin, daß der Berechtigte seinen Anspruch, anstatt mit der persönlichen Klage unter den chirographarischen Gläubigern,

mit unserer Klage unter den Vindicanten geltend macht[49]. Daß I. Jahrg. Bd. I.
ihm dieses Recht zusteht, darüber könnte schon von vornherein kein Zweifel sein, und es bedürfte dafür keiner gesetzlichen Bestätigung. Zum Ueberfluß aber lehren Fall 4 und 5, daß man sich dieser Folge der reiv. util. nicht bloß sehr wohl bewußt war, sondern daß man in diesen beiden Fällen gerade sie und nur sie bezweckte. Denn insoweit hier die reelle Restitution durch Abfindung in Geld abgewandt werden kann, bleibt kein gedenkbarer Zweck übrig, als dem Kläger vor allen andern Gläubigern durch S. 171.
Zuwendung der Sache seine Befriedigung zu verschaffen. Welchen dieser beiden Hauptzwecke unserer Klage die Juristen oder Kaiser bei den einzelnen Fällen, in denen sie unsere Klage einführten, vorzugsweise im Auge hatten, ist zu bestimmen weder möglich, noch nöthig. In den Fällen 1 bis 3 mochte es die Beschaffung der Rückgabe der geschenkten Sache sein; durch das reguläre Mittel der condictio hätte sich dieselbe nicht erreichen lassen. Ebenso mag in Fall 8 und 9 dieselbe Rücksicht obgewaltet haben. Allein dies historische Motiv der Einführung unserer Klage in dem einen oder andern Fall ist vollkommen gleichgültig; war die Klage hier oder dort einmal verliehen, so kam sie in ihrer ganzen Ausdehnung zur Anwendung. Nur das konnte zur Frage stehen, ob sie in der absoluten oder eventuellen Function beabsichtigt war. Diese Frage aber entschied sich nicht aus ihr selbst, sondern aus der unterliegenden Obligation, worüber oben bereits das Nöthige bemerkt ist.

---

49) l. 24 § 2 de reb. auct. (42. 5) . . . et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia, l. 5 § 18 de trib. (5. 18). Glück, Comment. B. 8 S. 188 hat sich in dies Verhältniß nicht finden können. „Mehre Rechtsgelehrten," sagt er, „wollen der Frau (im Fall 5) bloß ein Separationsrecht im Concurse ihres Mannes einräumen. Allein aus welchem Grunde könnte ihr dann ein Separationsrecht im Concurse zustehen, wenn sie es nicht vermöge eines ihr an den Sachen eigenthümlich zustehenden Anspruches hätte?" Ebenso daselbst S. 163: „Das Separationsrecht könne keinen andern Grund haben, als das Eigenthumsrecht." Eine reiv. ohne Eigenthum scheint ihm undenkbar gewesen zu sein.

I. Jahrg. Bd. I. Möglicherweise hatte unsere Klage in dem Fall 6 und 7, aber auch nur in diesen beiden Fällen, noch einen andern Zweck, nämlich den, eine Form zu gewähren für einen Anspruch, dessen Billigkeit man sich nicht verhehlte, für den man aber eine befriedigende obligatorische Form nicht aufzufinden vermochte (ut sit actio, würden die Römer sagen). Daß der Maler den Eigenthümer der Tafel zu entschädigen habe, auch wenn die Voraussetzungen einer condictio sine causa nicht vorlagen, davon war Gajus offenbar ebenso durchdrungen, als Paulus von der ähnlichen Verpflichtung desjenigen, der durch Accession das Eigenthum einer fremden Sache gewonnen hatte[50]. Aber während
S. 172. letzterer für diesen obligatorischen Stoff auch eine obligatorische Form in Bereitschaft hat (freilich nur die nichtssagende, bequeme Form einer act. in factum), greift Gajus noch zu dem weiter abliegenden Mittel der reiv. util., und ebenso Varus und Nerva im Fall 7, wenn die von uns dort aufgestellte Meinung die richtige ist. Insofern nun nach ihrer Ansicht eine persönliche Klage auf Entschädigung in diesen beiden Fällen nicht existirte, würde unser oberster Grundsatz, daß die reiv. util. in der Begleitung einer persönlichen Klage auftritt, oder nur die privilegirte Form für die Geltendmachung einer Obligation ist, hier verlassen worden sein. Allein dogmatisch erledigt sich diese Abweichung dadurch, daß das neuere Recht in jener act. in fact. des Paulus eine solche persönliche Klage geschaffen hat, und historisch, d. h. vom Standpunkt jener Juristen aus, daß auch sie bei ihrem Vorschlage einer reiv. util. durch die Idee einer Obligation geleitet waren, daß diese Klage ihnen nämlich nur als Mittel diente, um ein Verhältniß, das sowohl rücksichtlich seines Grundes (Bereicherung auf Kosten eines Andern) als seines Zweckes (Entschädigung) einen durchaus obligatorischen Charakter hatte, in eine prozessualische Form zu bringen.

---

50) l. 23 § 5 de reiv. (6. 1). Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est.

Unsere bisherige Ausführung hat uns gezeigt, daß die reiv. util. nur eine andere und zwar vortheilhaftere Form der Geltendmachung einer Obligation ist, daß sie nicht bloß eine Obligation voraussetzt, sondern in der Person des Beklagten voraussetzt, oder m. a. W. nach Inhalt und Richtung durch die act. in personam, deren Gefährtin sie ist, bestimmt wird. Die Frage über den Beweis des Klägers entscheidet sich hiernach von selbst; derselbe kann nur auf die Existenz der Obligation gerichtet sein. Ob der Beklagte wirklich Eigenthümer der Sache ist oder nicht, kann meiner Ansicht nach gar nicht in Betracht kommen [51]. Unmöglich kann hier doch die Lage eines verklagten Nicht-Eigenthümers vortheilhafter sein, als die des wahren Eigenthümers. Als Quellenzeugniß ließe sich anführen, daß das Eigenthum in der Person des Beklagten nirgends erfordert wird, sondern daß es bloß heißt: si emerit, comparaverit (Fall 5, 8, 9) oder res ex dotali pecunia comparatae. Dagegen fragt es sich, ob der Kläger, wenn er die Verpflichtung zur Zurückgabe auf sein eignes früheres Eigenthum stützt, letzteres nicht zu beweisen habe? Dies möchte sich allerdings kaum bestreiten lassen, allein zweierlei verdient dabei wohl beachtet zu werden. Einmal nämlich stützt nicht jede der hier in Frage stehenden Klagen (Fall 1—4, 6, 7) sich auf Uebertragung des Eigenthums; die Condiction in den Fällen 1—3, sowie die Dotalklage in Fall 4 hängt nicht von dem Beweise ab, daß der Geber wirklich Eigenthümer der Sachen gewesen [52], und selbst wenn Justinian die reiv. util. für den letztern Fall durch das Eigenthum der Frau motivirt, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß das Eigenthum nicht als Bedingung der Klage gedacht ist, da er dieselbe in dem entscheidenden Passus der l. 30 Cod. auf alle res dotales erstreckt, die Dotalqualität der Sachen aber durch das Eigenthum

I. Jahrg. Bd. I. S. 173.

---

51) So auch von Vangerow a. a. O. S. 739.

52) Nach neuerm Recht kann auch der Besitz die Grundlage einer condictio abgeben, z. B. l. 15 § 1 de cond. ind. (12. 6).

I. Jahrg. Bd. I. der Frau um so weniger bedingt sein kann, als ihr sonst die reiv. util. bei Bestellung der Dos von einer andern Person, als ihr
S. 174. selbst nicht zustehen würde. In diesen vier Fällen genügt also für unsere Klage der Beweis der bloßen Hingabe aus dem Grunde, weil er für den Beweis der Begründung der Obligation genügt. Aus demselben Grunde aber ist umgekehrt in Fall 6 und 7 der Beweis des Eigenthums erforderlich. Denn der Verlust des Eigenthums ist in beiden Fällen der Grund der Obligation. Nur darum hat der Kläger hier bei der reiv. util. sein früheres Eigenthum zu beweisen, weil und insofern er denselben Beweis auch bei der act. in fact. auf Entschädigung zu führen hätte. Dies führt mich auf den zweiten Punkt, der hier in Betracht kömmt. Der Eigenthümer kann sich bekanntlich bei der Vindication den Beweis seines Eigenthums durch Anstellung der act. Publiciana ersparen, und diese Erleichterung des Beweises ist auch auf andere Klagen, z. B. die act. communi dividundo, act. legis Aquiliae ausgedehnt[53]). Ich meine nun, daß dasselbe, namentlich nach Analogie der letzgenannten Klage, auch bei unserer act. in factum und folgeweise der reiv. util. anzunehmen ist.

Es ist mithin auch für die Frage vom Beweise bei der reiv. util. lediglich die persönliche Klage maßgebend. Nicht minder gilt nun dasselbe hinsichtlich aller andern Fragen, die sonst noch etwa aufgeworfen werden könnten, namentlich also z. B. hinsichtlich der Einrede der Verjährung und sonstiger Einreden. Mit der persönlichen Klage ist auch die reiv. util. verjährt, die Nativität der letzteren bestimmt sich ganz nach der der ersteren, und die Frage vom Ersatz der Impensen ist nicht nach den Grundsätzen über die reiv. directa zu beurtheilen, sondern nach Grundsätzen des Obligationenrechts. Eben darnach richtet sich andererseits auch die Verpflich-
S. 175. tung des Beklagten in Bezug auf die Früchte. Kurz, die reiv. util. betrifft nur die Form der prozessualischen Geltend-

---

53) l. 7 § 2 Comm. div. (10. 3), l. 11 § 8 ad leg. Aq. (9. 2).

machung des Anspruchs, der Anspruch selbst aber mit allen materiellen Momenten, die rücksichtlich seiner in Frage kommen, ist nach der concurrirenden persönlichen Klage zu beurtheilen. I. Jahrg. Bd. I.

5) **Die reiv. util. ist eine auf die einzelnen gesetzlichen Fälle beschränkte, privilegirte Form der Geltendmachung eines obligatorischen Anspruchs.**

Die einzelnen Fälle, in denen sie in unsern Quellen namhaft gemacht wird, sind zu verschiedenartig und isolirt, als daß sie sich unter ein höheres Prinzip bringen ließen. Nach dieser Seite hin gewährt daher unsere Lehre einen höchst unbefriedigenden Eindruck; sie bietet uns hier nur eine Summe von zufälligen, positiven Einzelnheiten. Allerdings könnten wir sie auf eine gemeinsame Quelle zurückführen — die durch die Eigenthümlichkeit des Verhältnisses motivirte Billigkeit einer Begünstigung — allein diese Quelle fließt zwar für den Gesetzgeber, aber nicht für den Richter. Eben weil die Klage als eine Begünstigung aufzufassen ist, haben wir sie wie die sonstigen Privilegien, z. B. die privilegirten Pfänder, auf die in den Quellen namhaft gemachten Fälle zu beschränken, eine analoge Ausdehnung derselben ist mithin unstatthaft, ohne daß natürlich damit die gewohnheitsrechtliche Ausdehnung der reiv. util. der bevormundeten Personen auf die Kirchen angetastet werden soll. Der Gesetzgebung aber böte der Gedanke der reiv. util. einen ganz brauchbaren Stoff dar, und namentlich würde die Entwerfung einer Concursordnung die rechte Gelegenheit sein, um zu prüfen, ob sich dieser Gedanke nicht in erweiterter Weise mit Vortheil verwenden ließe.

Ueber das Resultat der mit Erfolg angestellten Klage habe ich kaum nöthig etwas hinzuzufügen. Die Exekution fällt hier nicht unter den Gesichtspunkt einer bloßen Entziehung des Besitzes (wie dies bei der eigentlichen Vindication der Fall ist), sondern unter den einer erzwungenen Tradition; sie vermittelt eine Succession in Besitz und Eigenthum, in letzteres natürlich nur, wenn der Beklagte selbst es hatte. Hatte letzterer es nicht, so gewährt ihm das Urtheil wenigstens einen Usucapions- S. 176.

I. Jahrg. Bd. I. titel. Die Streitfrage, ob das richterliche Urtheil auf die Vindication als Titel gelten könne, kömmt hierbei gar nicht in Betracht. Denn wer die reiv. util. anstellt, behauptet nicht, wie der Kläger bei der reiv. dir., Eigenthümer zu sein, sondern ein Recht zu haben, es zu werden; für ihn hat also die Herausgabe der Sache die Bedeutung eines Erwerbungsgrundes des Eigenthums und mithin die eines Usucapionstitels. Auch hier also hat sich noch abermals und zuletzt die Wichtigkeit des von uns aufgestellten Prinzips bewährt: daß alle Fragen bei unserer Lehre nicht nach den Grundsätzen der reiv. dir., sondern nach denen der persönlichen Klage zu entscheiden sind.

Der romanistische Theil unseres Themas ist hiermit erledigt, und wir wollen jetzt den Versuch machen, den Gedanken der Cession der Vindication für ein Institut des modernen Rechts nutzbar zu machen.

IV. Das Connossement als Cession der Vindication.

Das Bedürfniß des Verkehrs befriedigt sich, unbekümmert
S. 177. darum, ob die Einrichtungen und Rechtssätze, mit denen dadurch unser Recht bereichert wird, der Jurisprudenz passen oder sie in Verlegenheit setzen. Die Jurisprudenz hat sich der Thatsache unterzuordnen, sie anzuerkennen, aber zugleich hat sie das Recht und die Pflicht, die Thatsache juristisch zu erklären, den Gesichtspunkt für sie aufzusuchen, durch den sie sich am einfachsten und natürlichsten in den Zusammenhang der geltenden Dogmen einreihen läßt. Beide Mächte, der Verkehr, wie die Jurisprudenz, verfahren bei Lösung ihrer Aufgabe völlig selbständig. Der Verkehr producirt ohne Rücksicht auf die Schwierigkeiten der juristischen Erklärung dessen, was er bringt, und umgekehrt die Jurisprudenz construirt ohne Rücksicht darauf, ob der Verkehr den juristischen Gesichtspunkt, der hier nöthig ist, geahnt und angedeutet, oder übersehen hat. So verkehrt es sein würde, wenn der Jurist ein

vorhandenes Institut darum bekämpfen wollte, weil es ihm juri- I. Jahrg. Bd. I.
stisch unmöglich erschiene, eben so verkehrt wäre es, wenn man dem Constructionsversuche des Juristen mit dem Einwande begegnen wollte, daß der Verkehr sich die Sache anders denke. Der Verkehr hat über derartige rein juristische Fragen gar nicht zu denken, es ist also auch gleichgültig, wie er denkt. Ueber die Wahl des richtigen juristischen Gesichtspunktes kann nicht das Laien-Bewußtsein, sondern nur das Interesse und die Gesetze unserer Kunst entscheiden. Der richtige Gesichtspunkt aber ist der, welcher von der einen Seite alle einzelnen Rechtssätze des zu erklärenden Instituts vollständig deckt und andererseits mit dem Vorzug der Einfachheit den der möglichst geringen Abweichung von dem bisherigen Dogma verbindet.

Zu diesem Vorwort habe ich mich veranlaßt gesehen, indem ich es unternehme, für ein Institut des modernen Rechts, dessen befriedigende juristische Erklärung meiner Ansicht nach bisher noch S. 178.
nicht gelungen ist, einen Gesichtspunkt aufzustellen, der dem römischen Rechte entnommen ist, und an den der Verkehr so wenig gedacht hat, daß nicht einmal die Theorie sich seiner bewußt geworden ist. Es ist dies der Gesichtspunkt der Cession der Vindication angewandt auf das Connossement. Da es mir nun um die juristische Erklärung vorhandener Rechtssätze zu thun ist, so setze ich letztere selbst als bekannt voraus [54], und erwähne sie nur insoweit, als dies durch jenen Zweck unmittelbar geboten ist.

Die rechtliche Thatsache, die wir juristisch zu erklären haben, und die uns vom Standpunkt des römischen Rechts aus auf den ersten Blick höchst befremdend erscheinen muß, besteht darin, daß

54) Ich verweise namentlich auf die Abh. von Holtius über Besitzerwerb durch Connossement in dessen Abh. übersetzt von Sutro Utrecht 1852 S. 97 u. fl. Wilda, im Rechtslexicon unter Connossement Bd. 3. S. 31 fl. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 80. Die neueste Abh., in der dies Thema berührt wird (Münchener krit. Ueberschau Bd. 2 S. 270 u. fl.), scheint von einem Nichtjuristen geschrieben zu sein, sie verräth wenigstens einen entschiedenen Mangel an juristischer Bildung, und der Verfasser hat nicht einmal den Sinn der Aufgabe, an die er sich wagt, begriffen.

I. Jahrg. Bd. I. das Connossement den Destinatär — ich will es zunächst ganz allgemein ausdrücken — in ein unmittelbares rechtliches Verhältniß zu den noch nicht an ihn abgelieferten Waaren setzt, und daß der Destinatär diese seine Macht über die Waaren durch Cession oder (wenn es auf Ordre lautet) durch Indossement des Connossements auf einen Andern übertragen kann. Letzteres gilt dem Verkehr thatsächlich als Repräsentant oder, wie Wilda es treffend genannt hat, als Schlüssel zur Waare.

S. 179. Die bisherigen Erklärungen gehen nun, soweit mir bekannt, sämmtlich von der Idee aus, daß der Empfang des Connossements und somit auch die weitere Uebertragung desselben den Besitz an der Waare begründe, beziehungsweise übertrage, nur daß die Einen eine symbolische, die Andern eine wirkliche (durch den Schiffer als Stellvertreter des Destinatärs vermittelte) Besitzübertragung annehmen. Diese ganze Annahme ist aber eine rein theoretische Erfindung, kein Rechtssatz. Der Verkehr weiß nichts davon, daß der Besitz übergeht, und hat es gar nicht nöthig, sondern was er weiß und will, ist, daß der Destinatär oder der jedesmalige rechtmäßige Inhaber des Connossements die rechtliche Macht hat, sich die Waaren zu verschaffen, das Connossement also die Kraft eines rechtlichen Schlüssels zur Waare hat. Kömmt jener Ansicht von dem Besitzübergange keine weitere Autorität zu, als die eines wissenschaftlichen Erklärungsmittels, so werden wir dieselbe einer Kritik unterwerfen dürfen und sie gänzlich zurückzuweisen haben, wenn sich das Verhältniß ohne die Annahme des Besitzüberganges befriedigender erklären läßt. Jene Annahme ist hervorgegangen aus dem Bestreben, ein Institut des modernen Rechts mit den Grundsätzen des römischen zu vereinigen; allein bei dem Frieden, den sie zwischen beiden herzustellen sucht, kömmt keins von beiden zu seinem ganzen Recht. Das römische nicht: denn wenn der Schiffer als Mandatar des Befrachters die Waaren in Empfang nimmt, so besitzt er für letztern und nicht für den Destinatär. In dem Momente, wo das Connossement bei letzterem eintrifft, müßte nun eine Aenderung in dem Besitzwillen des

Schiffers vor sich gehen, und ebenso mit jeder weiteren Uebertra- I. Jahrg. Bd. I.
gung des Connossements, ohne daß er selbst von dieser Aenderung etwas wüßte! Was ist dies aber Anderes als ein leeres Spiel mit dem Besitzwillen? Ein einfaches Aufgeben der römischen S. 180.
Theorie würde vor einer solchen gewaltsamen Anwendung und scheinbaren Aufrechthaltung jedenfalls den Vorzug verdienen. Sodann aber wozu nützt dieser Besitz? Der Besitz ist bloß gegen den geschützt, der ihn verletzt, der Destinatär wäre also in den Fällen, wo mit dem Besitz nicht zugleich das Eigenthum auf ihn übergegangen ist (z. B. beim Commissionshandel, beim Kauf auf Baarzahlung), dem dritten Inhaber der Waare gegenüber völlig schutzlos. Das geltende Recht gibt ihm aber auch in diesem Fall eine Klage, die Idee des Besitzüberganges also, so gezwungen sie ist, reicht nicht einmal aus, der gewählte Gesichtspunkt deckt die vorhandenen Rechtssätze nicht. Ferner: manche Rechte geben dem Befrachter das Recht, die Waaren vom Destinatär zu vindiciren, wenn derselbe vor oder bei Eintreffen derselben Concurs gemacht hat. Wäre nun bereits mit Uebersendung des Connossements Besitz und (beim Handel auf Credit) Eigenthum auf den Destinatär übergegangen, wie erklärt sich jene Vindication des Absenders? Man hat sie als act. Publiciana rescissoria bezeichnet, und allerdings wäre eine solche Auffassung möglich und nöthig, allein man wird mir zugestehen, daß eine Erklärung, bei der wir diese Vindication als wirkliche Vindication aufrecht erhalten können, den Vorzug verdient. Dazu kömmt, daß jene Gesetze die Vindication des Absenders ausschließen, wenn der Destinatär den reellen Besitz der Waare erlangt hat[55]. Hat aber der Destinatär bereits mit dem Connossement den *wirklichen* (ob durch einen Stellvertreter ausgeübten, ist ja nach allgemeinen Grundsätzen gleichgültig) Be- S. 181.
sitz erlangt, so ist nicht abzusehen, was die factische Ablieferung der Waaren an ihn in dieser Beziehung für einen Unterschied begrün-

55) So z. B. die Hamburger Falliten-Ordnung. S. *Wilda*, a. a. O. S. 36.

I. Jahrg. Bd. I. den sollte. Bei jener Erklärungsweise gelangt man mithin zu folgendem, in juristischer Beziehung höchst anstößigem Resultat. Der Besitz und das Eigenthum wird dem Destinatär und jedem folgenden Inhaber durch einen Stellvertreter erworben, der gar nicht Stellvertreter für diese Personen sein will und gar nicht weiß, wer augenblicklich der Besitzer ist. Sodann wird das dem Destinatär einmal erworbene Eigenthum im Fall seines Concurses wieder aufgelöst, und für die Möglichkeit dieser Auflösung wird schließlich ein Unterschied in der Art des Besitzerwerbs von Einfluß, der sonst juristisch vollkommen gleichgültig ist, nämlich ob der Destinatär bloß erst durch den Stellvertreter den Besitz erworben, oder bereits in eigener Person. Dort Widerruflichkeit des Eigenthumsüberganges, hier Unwiderruflichkeit desselben.

Ich glaube demnach, die bisherige Construction unseres Verhältnisses als eine durchaus ungenügende bezeichnen zu dürfen. Der Fehler derselben besteht, wie bereits bemerkt, darin, daß sie von dem Vorurtheil ausgeht, es lasse sich das Recht des Destinatärs nur durch die Annahme des Besitzüberganges erklären [56].
S. 182. Der von mir vorgeschlagene Gesichtspunkt einer im Connossement liegenden Cession der Vindication überhebt uns der Nothwendigkeit dieser Annahme und bietet uns ein ebenso einfaches wie vollkommen ausreichendes Erklärungsmittel des Verhältnisses dar.

Der Befrachter behält Besitz und Eigenthum bis zur Entgegennahme der Waaren von Seiten des Destinatärs oder dessen

---

56) Ich freue mich, an Bluntschli, Deutsches Privatrecht Bd. 2 § 120 einen Consentienten zu haben. Er bestreitet den Besitzübergang und sieht in dem Connossement nur eine „Legitimation des Käufers, um die Waare vom Schiffer (? warum bloß von ihm?) zu beziehen.“ Im Resultate sind wir also einverstanden, nur hat Bluntschli keinen juristischen Gesichtspunkt für diese Legitimation, ein Mangel, auf den ich es schiebe, daß er in einem Zusatz zu der oben citirten Abh. in der Münchener kritischen Ueberschau S. 270 u. 271 an seinen eignen Ideen zum Verräther wird und die Vorstellung einer Besitzübertragung (wenigstens bei dem Landtransport und der Factur) juristisch zu rechtfertigen sucht.

Stellvertreters[57]), und damit ist ihm die obige Möglichkeit einer I. Jahrg. Bd. I.
Zurücknahme der Waaren im Fall des Concurses des Destinatärs juristisch offen gehalten. Auch da, wo ihm ein solches Recht nicht gewährt ist, ist es doch wichtig, diese Fortdauer des Eigenthums in seiner Person anzuerkennen, namentlich um ihn bei etwaiger Entwendung der noch nicht abgelieferten Waaren eine Vindication gegen dritte Personen zu sichern. Besitz und Eigenthum behält er nur so lange, bis die Waaren dem Destinatär übergeben sind; ob letzterer mit dem Besitz zugleich Eigenthum erhält, entscheidet sich nach bekannten Grundsätzen. Während aber der Befrachter einerseits Besitzer und Eigenthümer bleibt, cedirt er mit und in dem Connossement stillschweigend seine Klagen dem Destinatär, und zwar theils die persönliche gegen den Schiffer, theils die Besitz- und Eigenthumsklagen. So lange der Besitz in seiner eignen Person fortdauert, d. h. so lange der Schiffer für ihn detinirt, sind allerdings diese letzteren Klagen noch gar nicht natae, allein hier sind sie dem Destinatär auch nicht nöthig, denn gegen den Schiffer reicht zur Erzwingung der Herausgabe der Waaren die S. 183.
cedirte persönliche Klage vollkommen aus. Erst wenn der Schiffer den Besitz verliert, oder ihn sich selbst aneignet, werden jene Klagen für den Befrachter und damit auch für den Cessionar denkbar. Der Destinatär kann also im zweiten Fall (wenn der Schiffer sich den Besitz aneignet, d. h. die Herausgabe der Waaren grundlos verweigert) nicht bloß mit der persönlichen, sondern auch mit der possessorischen und der dinglichen Klage die Auslieferung bewirken. Kömmt aber der Besitz in dritte Hände, so hat der Destinatär (insoweit nicht der Satz: Hand muß Hand wahren entgegensteht) gegen dritte Besitzer die reivindicatio oder Publiciana. Das Connossement enthält also in der That für ihn den juristischen Schlüssel zur Waare, es macht ihn zwar nicht zum possessor oder dominus, aber possessoris oder domini loco[58]). Daß er sein

57) Als Stellvertreter des Destinatärs kann auch der Schiffer fungiren, aber regelmäßig detinirt er für den Absender.

58) Ich will übrigens hier an die Bemerkung im ersten Abschnitt der

I. Jahrg. Bd. I. Recht auf Andere übertragen kann, hat nichts Auffälliges, es ist nur eine weitere Cession der Klagen.

Gegen diese Construction könnte man verschiedene Einwendungen machen. Zuerst, daß der Verkehr sich des Gesichtspunktes der Cession der Klagen gar nicht bewußt sei; darauf habe ich schon oben geantwortet. Sodann, daß der Absender mit Abschickung des Connossements nach manchen Rechten sein Vindicationsrecht
S. 184. völlig verliert, wir also ein Eigenthum ohne Vindication erhalten würden. Allein zunächst wäre ein solches Verhältniß nicht ohne gleichen, es tritt vielmehr auch bei der Verjährung der reiv. gegen den malae fidei possessor ein, und sodann möchte ich bezweifeln, daß irgend ein Recht dem Absender schlechthin und absolut die reiv. abspricht; es würde praktisch gar nicht durchführbar sein. So weit das Interesse des Destinatärs es erfordert, mag das Recht sie ihm immerhin versagen, insoweit also könnte es den oben (S. 56) als möglich hingestellten Gesichtspunkt durchführen, daß das Klagrecht des Cedenten mit der Cession völlig erlösche oder auf den Cessionar übergehe, allein darüber hinaus würde diese Idee der Ablösung der reiv. absolut verwerflich und geradezu unmöglich sein. Wie nämlich, wenn der Destinatär die Annahme der Waaren verweigert, oder wenn er verschwunden ist? Die persönliche Klage des Befrachters gegen den Schiffer reicht nicht aus, wenigstens nicht immer. Man nehme an, die Waaren sind aus des letzteren Besitz gekommen, z. B. das Schiff ist gestrandet oder aufgebracht, und der Absender will sie reclamiren. Und selbst dem Schiffer gegenüber kann ihm die reiv. sehr nöthig sein, man setze z. B. den Fall, daß derselbe Concurs gemacht hat, und die vom Destinatär nicht angenommenen Waaren zur Masse gezogen werden. In allen diesen Fällen ist der Absender gezwungen, sein

---

Abhandlung erinnern, daß der Cessionar durch Anstellung der reiv. zunächst nur den Besitz (juristischen oder natürlichen) erhält, das Eigenthum aber nur dann, wenn die Cession den Zweck hatte, es ihm zu verschaffen. Der Commissionär und wer auf Baarzahlung gekauft hat, bekömmt also in unserm Fall bloß den Besitz.

Eigenthumsrecht geltend zu machen, d. h. zu vindiciren, und dies I. Jahrg. Bd. I. setzt voraus, daß seine reiv. durch die Cession nicht schlechthin und absolut für ihn verloren gegangen ist. Seine rechtliche Lage läßt sich mithin in der That nicht anders bezeichnen, als: er ist Besitzer und Eigenthümer und hat als solcher im Fall des Besitzverlustes die reiv. Nur soweit das Recht des Destinatärs und dessen Successoren es verlangt (namentlich also bei einem Conflikt der beiden S. 185. Vindicationen gegenüber einem dritten Besitzer), wird seine Vindication zurückstehen. Ein ähnliches Verhältniß findet rücksichtlich der persönlichen Klage des Absenders gegenüber dem Schiffer Statt. Auch sie ist durch das Connossement dem Destinatär cedirt, und der Schiffer von dieser Cession in Kenntniß gesetzt; für letzteren hat die Ueberreichung des ihm zugestellten Exemplars des Connossements die Bedeutung einer Denunciation der Cession. Soweit also nicht diese Cession hinterher auf rechtmäßigem Wege rückgängig gemacht wird (wovon gleich das Nähere), hat der Schiffer lediglich den Destinatär und dessen Successoren als seinen Gläubiger zu betrachten und darf etwaige Dispositionen des Absenders gar nicht respectiren. Er befindet sich ganz und gar in der Stellung eines debitor cessus nach geschehener Denunciation, nur daß nicht der Cessionar, sondern für diesen und als Stellvertreter desselben der Cedent ihm denunciirt hat. Aber auch diese Cession ist keine absolute und unbedingte, es kann vielmehr die cedirte Klage an den Cedenten zurückfallen, die Cession rückgängig gemacht werden, und dann haftet der Schiffer nicht mehr dem Destinatär, sondern dem Befrachter. Dies tritt ein theils in den oben supponirten Fällen, daß der Destinatär die Annahme der Waaren verweigert oder nicht zu ermitteln ist, theils dann und da, wo dem Absender im Fall des Concurses des Destinatärs das Recht eingeräumt ist, dem Schiffer die Auslieferung der Waaren an letzteren zu untersagen. Wo dies Rechtens ist, würde man darin entweder eine gesetzliche negative Bedingung der Perfection der Cession, oder einen Grund zur Anfechtung oder Aufhebung der Cession zu erblicken haben.

I. Jahrg. Bd. I. Wenn sich nun dem Bisherigen nach das in Frage stehende
S. 186. Verhältniß aufs Ungezwungenste dem von mir vorgeschlagenen Gesichtspunkt unterordnet — und mir selbst ist wenigstens kein Rechtssatz aufgestoßen, der dem widerstrebte — so hoffe ich damit auch die Bedenken, die man gegen die gemeinrechtliche Geltung des Instituts hat, beseitigt zu haben', und gerade dies wäre mir der liebste Erfolg meines Versuchs. Denn das Institut selbst erscheint mir für den Handel so wichtig und werthvoll, die Möglichkeit, mit dem Connossement statt mit der Waare zu operiren, die reelle Uebertragung der Waare durch ein juristisches Mittel zu ersetzen, enthält für den Handel eine solche Erleichterung, daß es sehr zu bedauern wäre, wenn dem Institut in der That nur eine partikularrechtliche Existenz zugesprochen werden müßte. Der Grund, warum man sich zu dieser Behauptung veranlaßt gesehen hat, scheint mir nur in der bisherigen fehlerhaften juristischen Construction desselben zu liegen. Wäre letztere richtig, enthielte also das Institut jene Abweichungen von der gemeinrechtlichen Besitztheorie, die man in dasselbe hineingetragen, so würde man mit allem Grund vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus die gesetzliche oder gewohnheitsrechtliche Begründung dieser Abweichungen verlangen, und insofern die Beweismomente nur einen particularrechtlichen Charakter hätten, das ganze Institut für ein particularrechtliches erklären müssen. Allein die Sache steht anders. Jene Abweichungen existiren nur in der Theorie, sie sind weder rechtlich begründet, noch theoretisch nothwendig. Sind sie aber beseitigt, und ist die von mir vorgeschlagene Construction die richtige, so gibt es keinen Grund, die gemeinrechtliche Möglichkeit und Geltung des Instituts in Zweifel zu ziehen. Ich wüßte nicht, was
S. 187. der strengste Romanist dagegen einwenden könnte, wenn Jemand an einem Ort, wo unser Institut angeblich nicht gölte, den gewünschten Zweck dadurch zu erreichen suchte, daß er in dem Connossement bemerkte: er cedire hiermit zugleich seine persönliche Klage gegen den Schiffer und eventuell die reiv. rücksichtlich der Waaren. Ebenso wird mir Jeder einräumen, daß es dieses ausdrücklichen

Zusatzes nicht einmal bedürfte, wenn der auf Cession gerichtete I. Jahrg. Bd. I.
Wille sonst nur klar wäre. Ich meine mit demselben Recht, mit dem die römischen Juristen eine stillschweigende Bestellung des Pfandrechts an den Invecten und Illaten im Fall der Miethe einer Wohnung annahmen [59], weil dies die regelmäßige Intention der Contrahenten war, mit demselben Recht dürfen auch wir neuern Juristen den Handelsstand von einer ausdrücklichen Erklärung seines Willens dispensiren und eine stillschweigend geschehene Cession annehmen, wenn dieser Wille sonst nur, wie dies hier der Fall, ein rechtlich möglicher ist und die Annahme eines solchen Willens genügende Gründe für sich hat. Letzteres ist mir in unserm Verhältniß nicht zweifelhaft. Um alle etwaige Bedenken zu beseitigen, brauchte man nur in die Formulare eines Connossements einen Passus über die Cession aufzunehmen. Es ergibt sich hieraus zugleich, daß die Handelswelt es in ihrer Hand hat, insofern es noch erst nöthig ist, beim Landtransport dasselbe rechtliche Verhältniß wie beim Seetransport zu begründen; es brauchte bloß der Factura die Notiz über geschehene Cession der Klagen hinzu- S. 188.
gefügt zu werden. Ob man der Factura schon jetzt die Bedeutung, zugleich Cessionsdocument zu sein, zusprechen darf, das gehört weder zu meiner Aufgabe, noch steht mir darüber ein Urtheil zu.

---

59) l. 4 pr. in quib. caus. (20. 2) ... pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit. Ebenso l. 31 § 20 de aed. ed. (21. 1) quia assidua est duplae stipulatio etc.

III. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

I. Jahrg. Bd. I. Eine Bearbeitung der Lehre von der Stellvertretung führte
S. 273. mich zur Untersuchung von Verhältnissen, die mit der Stellvertretung eine gewisse Aehnlichkeit haben und auch nicht selten mit ihr verwechselt sind. Da nun die Lehre von der Stellvertretung neuerdings wiederholt behandelt ist, und ich rücksichtlich ihrer nichts Erhebliches bieten kann, jene anderen Verhältnisse aber einer näheren Betrachtung bisher noch nicht unterzogen sind, sie dieselbe aber nicht bloß an sich, sondern auch im Interesse der Lehre von der Stellvertretung durchaus verdienen, so habe ich geglaubt, bei der vorliegenden Abhandlung, die ihrem Thema nach auch die Stellvertretung umfaßt, vorzugsweise diese letzteren Verhältnisse ins Auge fassen, rücksichtlich der Stellvertretung aber mich auf das Wesentlichste beschränken zu sollen.

Jener Verhältnisse sind drei.

1) factische Mitwirkung bei einem fremden Rechtsgeschäft (der Gehülfe; davon handelt der Abschnitt I);

S. 274. 2) juristische Mitwirkung an demselben und zwar: erster Fall: neben dem eigentlichen Subjecte desselben (dem Prinzipal) oder die Theilnahme im eigentlichen Sinn (der Theilnehmer; Abschn. II);

3) zweiter Fall: anstatt des Prinzipals, aber ohne Abschluß des Geschäfts auf dessen Namen (der Ersatzmann; Abschn. III).

Der dritte Fall dieser Mitwirkung betrifft die Stellvertretung, oder Abschluß des Geschäfts anstatt und im Namen des Prinzipals (Abschn. IV). I. Jahrg. Bd. I.

I. Factische Dienstleistungen bei einem fremden Rechtsgeschäft (der Gehülfe).

Nicht jede Handlung ist eine juristische Handlung, sondern nur die, welche juristische Wirkungen hervorbringt. Aber auch in der juristischen Handlung ist nicht Alles und Jedes, was bei und an derselben gethan wird, juristischer Art, sondern in der Regel oder wenigstens häufig tritt das spezifisch-juristische Element der Handlung in Verbindung von nicht-juristischen oder rein factischen Elementen auf. Wenn z. B. Jemand einem Andern eine Sache tradiren will und ihm dieselbe selbst in die Hand gibt, so ist dies Uebergeben nichts Juristisches, weil nichts rechtlich Nothwendiges, die Tradition hätte ebensogut auch in der Weise beschafft werden können, daß der andere Theil mit Zustimmung des Tradenten die Sache von dem Platz, wo sie bisher lag, genommen oder geholt hätte. Wäre es etwas Juristisches, so würde ein Mensch mit gelähmten Händen nicht tradiren können. Das Juristische an der Tradition ist vielmehr lediglich die Erklärung der Zustimmung zur Apprehension des Empfängers. Darum kann S. 275. man eine abwesende Sache tradiren [1]), während dies unmöglich wäre, wenn der Tradent die Sache selbst übergeben müßte. Kann nun dieses Uebergeben ohne Nachtheil fehlen, so ist es, wenn und wo es wirklich vorkommt, etwas juristisch Gleichgültiges, Bedeutungsloses, also ein rein factisches Element des Traditionsaktes, und wer dem Tradenten diese Mühe abnimmt (ich möchte ihn den Gehülfen nennen), z. B. der Ladendiener, der die von dem anwesenden Prinzipal verkaufte Waare dem Käufer überreicht, der Reitknecht, der das geschenkte Pferd überbringt, erhält keinen Antheil am Rechtsgeschäft. War diese Hand-

1) l. 6. de donat. (39. 5).

I. Jahrg. Bd. I. lung in der Person des Prinzipals nichts Juristisches, so wird sie es auch nicht in der Person jedes Andern. Die Dienstleistung ist hier mithin rein physischer, factischer Art[2]).

Die Bestimmung des Begriffs und der Thätigkeit des Gehülfen beruht auf der Unterscheidung zwischen den juristischen und factischen Elementen eines Rechtsgeschäfts. Erstere sind diejenigen, die für dies Rechtsgeschäft rechtlich nothwendig sind, sie bilden den Thatbestand, den juristischen Kern der Handlung. Dieser juristische Kern pflegt auf den niedern Stufen der Rechtsentwicklung ein ungleich concreterer, substantiellerer zu sein, als auf den höheren Stufen, das äußerliche Gepräge desselben, das Aussprechen gewisser Formeln, das Ergreifen der Sache u.s.w., ohne das sich die sinnliche Auffassungsweise einer früheren Zeit die Willensäußerung nicht denken konnte, und ohne das mithin
S. 276. das Rechtsgeschäft nicht existirte, verliert bei dem Fortschritt der allgemeinen Anschauungsweise des Volks vom Sinnlicheren zum Abstracteren nach und nach seine Bedeutung und Berechtigung, ein Stück nach dem andern fällt ab, und es bleibt schließlich in den meisten Fällen als letzter Kern des Rechtsgeschäfts nur noch der ganz abstracte Wille, der in beliebiger Form geäußerte Entschluß. So im römischen, so auch im deutschen Rechte.

Aber wenn auch das Recht seine Forderungen nach und nach sehr ermäßigt hat, und dadurch der juristische Kern des Rechtsgeschäfts ungleich kleiner und abstracter geworden ist, so erscheint dasselbe doch im Leben regelmäßig in vollerer Form. Auf jener früheren Stufe pflegt bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts kaum etwas mehr vorzukommen, als was rechtlich nothwendig war; die juristisch vorgeschriebene und die factische Erscheinungsform deckten sich hier regelmäßig, weil erstere, die auf gewohnheitsrechtlichem Wege aus letzterer hervorgewachsen war, Alles in sich schloß, was factisch irgendwie zur Realisirung des intendirten

---

2) Dies will Paulus sagen in der l. 15 de const. pec. (13. 5) mit den Worten: ministerium tantummodo praestare videtur.

Zwecks geboten erschien [3]. So dürfen wir z. B. annehmen, daß I. Jahrg. Bd. I.
die Rechtsgeschäfte des älteren römischen Rechts, die mancipatio, das testamentum per aes et libram, die stipulatio in den meisten Fällen auch factisch nichts mehr enthielten, als was juristisch nothwendig war. Aber bei der stipulatio gesellte sich doch schon früh im Leben zu dem juristischen Element ein nicht juristisches hinzu, nämlich das schriftliche Aufzeichnen derselben, und wurden zu ihr gar Zeugen zugezogen (die bei den andern beiden Geschäften zum Thatbestande derselben gehörten), so war die Erscheinungsform derselben factisch ungleich voller, als das Recht sie erforderte.

Bei der Stipulation, die an eine ganz bestimmte Form ge- S. 277.
knüpft war, machte die Unterscheidung des juristischen und factischen Elements keine Schwierigkeit. Anders aber bei den formlosen Rechtsgeschäften des neueren römischen Rechts, namentlich der Tradition, den Consensual- und Realcontracten, und zwar gerade wegen dieser ihrer Formlosigkeit. Abgesehen nämlich von dem Apprehensionsakt bei der Tradition genügte bei ihnen allen die bloße Thatsache der Willenserklärung, oder der Entschluß und die Aeußerung. Da aber die Formen der Aeußerung so unendlich mannigfaltig sind und im einzelnen Fall ungleich voller, breiter, gedehnter sein können, als absolut nothwendig wäre, so entsteht hier leicht die Gefahr, ein rein factisches Element der Aeußerung für ein juristisches zu halten.

Die Unterscheidung zwischen den juristischen und factischen Elementen eines Rechtsgeschäfts hat nun für den Fall, daß außer den eigentlichen Subjecten desselben keine dritte Personen concurriren, kaum ein praktisches Interesse. Allein so wie eine solche Concurrenz Statt findet, wird jene Unterscheidung nöthig, um den Charakter der Mitwirkung dieser Personen zu bestimmen. Auf dieser Unterscheidung beruht der ganze Begriff der Stellver-

---

3) Man denke z. B. an das Ergreifen der Sache, die Zeugen und die Wagschale bei der mancipatio.

I. Jahrg. Bd. I. tretung, denn der Stellvertreter unterscheidet sich vom Gehülfen eben dadurch, daß seine Mitwirkung am Rechtsgeschäft juristischer Natur ist[4]). Mit der allgemeinen Unterscheidung zwischen juristischer und factischer Theilnahme ist es aber nicht gethan,
S. 278. sondern es kömmt darauf an, dieselbe im Einzelnen durchzuführen, um sie zur rechten Klarheit zu erheben, und dies soll rücksichtlich der factischen Theilnahme versucht werden.

Die Vornahme eines Rechtsgeschäfts macht nicht selten eine physische Mitwirkung dritter Personen nothwendig. Der Hauptfall ist der eines Abschlusses desselben unter Abwesenden, und gerade für diesen Fall liegt die oben angedeutete Gefahr einer Verwechselung am nächsten, allein er ist keineswegs der einzige; das Bedürfniß einer derartigen Dienstleistung kann auch bei einem Contrahiren unter Anwesenden vorhanden sein. Beispiele dafür gewähren die Zuziehung eines Dolmetschers, der den Austausch der beiderseitigen Erklärungen vermittelt, desjenigen, der die Verhandlungen der anwesenden Parteien leitet, aufzeichnet, das Vertragsinstrument, Testament u. s. w. niederschreibt, des Dieners, der in Gegenwart des Herrn die Sache in Empfang nimmt, des Ladendieners, der die Waare wiegt, mißt, abschneidet u. s. w. In allen diesen Fällen schließen die Parteien selbst das Geschäft ab, und die Dienstleistung der zugezogenen Person ist eine rein physische. Dies gilt auch von dem angegebenen Beispiel der Tradition. Tradirt wird hier dem Herrn, nicht dem Diener als Stellvertreter desselben. Denn ein Ergreifen der Sache ist bekanntlich für die Beschaffung des Traditionsaktes nicht erforderlich, noch weniger aber ein Mitnehmen der Sache, folglich vertrat der Diener den Herrn hier nicht rücksichtlich einer nothwendigen, d. i. juristischen, sondern einer bloß factischen Handlung.

---

4) Wie Noth es thut, diese Bemerkung zu betonen, zeigt das Beispiel eines neuern Schriftstellers über die Stellvertretung, der von einer Stellvertretung „in Geschäften, die keine Rechtsgeschäfte sind," spricht und bei dem Taglöhner, der auf fremdem Grund und Boden arbeitet, Alles findet, was zu einem Stellvertreter gehört.

Was nun den andern Fall anbetrifft, Abschluß des Rechts- I. Jahrg. Bd. I.
geschäfts unter Abwesenden, so hat die factische Dienstleistung dritter Personen hier vorzugsweise zum Gegenstand das Ueberbringen einer Willenserklärung oder einer Sache. Es kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß so wenig wie der Briefträger, der S. 279.
den Brief mit dem Accept überbringt, oder der Telegraphenbeamte, durch dessen Vermittelung der Vertrag auf telegraphischem Wege zu Stande kommt, ebensowenig auch der Bote, dem der Brief, so zu sagen, in gesprochenen statt in geschriebenen Worten eingehändigt ist, keinen Antheil am Rechtsgeschäft erhält[5]). Seine Function ist die Dienstleistung eines Sprachrohres, durch das die Parteien mit einander communiciren und selbst den Vertrag abschließen[6]); ebenso dient ein Secretär oder der Correspondent eines Kaufmanns bloß als Schreibmaschine. Sie sind nichts als communicative Instrumente und bleiben dem Rechtsgeschäft völlig fremd. Darum kömmt auf ihr Wissen und Nichtwissen, bona und mala fides und auf ihr Verständniß der Worte, die sie sprechen oder schreiben, nichts an, und darum können sie auch nie aus dem Rechtsgeschäfte verpflichtet werden. Allerdings ist es möglich, daß diese Personen durch die Art und Weise, wie sie bei Ausrichtung ihres Auftrags verfuhren, verpflichtet werden, allein einen Antheil am Rechtsgeschäft gewinnen sie auch dadurch nicht, vorausgesetzt natürlich, daß sie die Handlung in der ihnen aufgetragenen Qualität verrichteten, also z. B. der Secretär, das Dienstmädchen nicht in eignem Namen den Contract abschloß, sondern nur die angebliche Bestellung ihres Mandanten ausrichtete. In ersterem Fall sind sie natürlich an den Vertrag gebunden, weil sie ihn für sich selbst abgeschlossen haben. Allein wie in dem zweiten Fall, wenn sie die Bestellung zwar in S. 280.

5) Ministerium tantummodo praestare videtur l. 15 de pec. const. (13. 5).

6) Daher wird das contrahere per nuncium mit dem per epistolam zusammengestellt, z. B. l. 2 pr. de pact (2. 14) l. 1 § 2 de cont. emt. (18. 1) l. 2 § 2 de O. et A. (44. 7).

I. Jahrg. Bd. I. der ihnen aufgetragenen Qualität, aber dem Inhalt nach, sei es absichtlich oder irrthümlicherweise, verkehrt ausrichteten? Daß der Mandant nicht haftet, versteht sich von selbst, denn das Gesagte oder Geschriebene rührte nicht von ihm her. Eine Verpflichtung desselben wäre nur dann anzunehmen, wenn das Gesetz ihn (ähnlich wie den Prinzipal für die Versehen des institor) schlechthin für die Aeußerungen jener Personen verantwortlich gemacht hätte, was aber unser gemeines Recht nicht gethan hat. Selbst also wenn eine culpa von seiner Seite concurrirt, z. B. ein Kaufmann bedient sich eines höchst zerstreuten oder mitunter geistesabwesenden Correspondenten, würde ein Anspruch gegen ihn sich nicht deduciren lassen. Denn da der Contract als solcher ihn nicht bindet, so könnte von einer contractlichen culpa nicht die Rede sein, die außercontractliche culpa aber verpflichtet bekanntlich nur dann, wenn sie positiver Art ist, unter den Gesichtspunkt eines damnum injuria datum fällt[7]). Rücksichtlich der Frage, ob der Schreiber oder Bote hafte, ist zunächst zweifellos, daß der Vertrag als solcher
S. 281. ihn nicht bindet, denn er hat ihn gar nicht abgeschlossen, weder für sich, noch für den Herrn. Von einer Haftung kann nach römischem Recht nur die Rede sein, wenn er doloser[8]) Weise den

---

7) Ob sich nicht eine Erweiterung der Grundsätze über die culpa anempfehle, ist eine andere Frage. Der Kaufmann trägt seinem Correspondenten auf, 100 Centner irgend eines Artikels zu bestellen, und der Correspondent schreibt 100,000, die der Adressat in Folge dessen aufkauft und übersendet; oder der Kaufmann selbst begeht nachweislichermaßen diesen Schreibfehler, oder schreibt so undeutlich, daß der Adressat die 100 für 100,000 halten konnte. Nach römischem Recht kann er die Annahme verweigern, denn der Consens ging nicht auf die 100,000, und eine aquilische culpa liegt nicht vor; er könnte mithin die Folgen seiner eignen culpa auf den unschuldigen Gegner wälzen. Das ist ein Resultat, das jedem Rechtsgefühl Hohn spricht, und das doch derjenige, der sich hier streng ans römische Recht halten will, schwerlich wird abwenden können.

8) Ich sage nicht: wissentlich, denn er kann den Auftrag wissentlich fälschen, ohne daß er in dolus ist, z. B. indem er glaubt, dem Interesse des Herrn zu entsprechen, wenn er mehr oder etwas Anderes bestellt. Hier liegt nur eine culpa vor l. 8 § 10 mand. (17. 1) l. 7 § 7 de dolo (4. 3) l. 11

Auftrag falsch bestellte; im Fall einer culpa haftet er nur seinem I. Jahrg. Bd. I.
Mandanten, Dienstherrn u. s. w., insofern Letzterer durch das Versehen beeinträchtigt worden ist. Der andere Contrahent, zu dem er in keinem Mandatsverhältniß stand, würde ihn rücksichtlich des Schadens, den er durch das Versehen desselben erlitten (z. B. nutzlose Verpackungs- und Versendungskosten), nur in Anspruch nehmen können, wenn man hier ein damnum injuria datum annähme. Unsere Quellen kennen zwar eine so weite Ausdehnung dieses Begriffs nicht, allein ich glaube, daß man sie, wenn man sich nicht mit den einfachsten Forderungen der Billigkeit in den S. 282.
schroffsten Widerspruch setzen will, kaum wird umgehen können.

Ein anderer sehr häufiger Fall der hier in Rede stehenden Dienstleistung ist die Mitwirkung zum Zweck der Beschaffung einer Tradition unter Abwesenden. Rücksichtlich ihrer ist zu unterscheiden, ob sie für den Tradenten oder den Empfänger erfolgt, denn sie trägt in beiden Fällen einen ganz verschiedenen Charakter. Wie oben bereits bemerkt, so erfordert die Tradition von Seiten des Tradenten nichts weiter, als die Willenserklärung, nicht aber eine physische Uebergabe der Sache oder nur einmal Gegenwart bei derselben. Wenn also der Tradent die Sache durch einen Andern überbringen, abliefern oder sie bei ihm in Empfang nehmen

---

§ 3 de fals. tut. (27. 6) l. 5 pr. de serv. corr. (11. 3) und zwar wiederum eine, für die er nach römischem Recht dem dritten Contrahenten (da und insofern er zu ihm in keinem Mandatsverhältnisse steht) nicht zu haften hätte. Es gilt von ihr die gleich folgende Bemerkung im Texte. Die Frage von der culpa des Boten ist in der Literatur, so viel mir bekannt, noch nicht behandelt. Nur Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 25 a. E. (Aufl. 3. S. 104 unten) hat die kurze Bemerkung: „der Nuntius steht kraft der act. doli für das Interesse ein, wenn der Wille des Prinzipals ihm nicht so, wie er ihn mittheilt, mitgetheilt worden ist." Allein woher die actio de dolo, wenn keine dolose Absicht vorliegt? Ich stimme Thöl vollkommen darin bei, daß der Nuntius haften muß, allein wenn wir für diese Haftung einen juristischen Anhaltspunkt suchen, so scheint mir das damn. injuria datum, der Gesichtspunkt eines culpos angestifteten Schadens doch näher zu liegen, als eine act. de dolo, bei der man vom wesentlichsten Requisit dieser Klage, der dolosen Absicht, abstrahirte.

I. Jahrg. Bd. I. läßt, so nimmt nicht Letzterer, sondern er selbst die Tradition vor, denn dies reale Abliefern war, wie S. 123 gezeigt, eine völlig überflüssige Handlung. Factisch kann immerhin das Ueberbringen nöthig gewesen sein, um die Apprehension von Seiten des Empfängers zu vermitteln, allein factisch nothwendig ist auch die Dienstleistung des Boten bei Abschluß eines Vertrags unter Abwesenden, ohne daß sie dadurch für das Rechtsgeschäft eine juristische Bedeutung erhielte. So gut wie der eine Contrahent statt des Boten einen abgerichteten Papagei hätte schicken können, hätte er sich statt des Bedienten, Briefträgers u. s. w., durch den er das Packet, den Brief überbringen läßt, eines dressirten Hundes, einer Brieftaube u. s. w. bedienen können. Das Ueberbringen ist also etwas durchaus Physisches, und das Abliefern ist nicht anders zu beurtheilen; zum Zweck der Uebertragung des Besitzes auf den Empfänger ist lediglich eine Thätigkeit des Letzteren erforderlich — ob er der Brieftaube den Brief abnimmt, oder ob der Bediente ihm denselben abliefert, steht sich juristisch völlig gleich, in beiden
S. 283. Fällen tradirt der Abwesende in demselben Moment, wo der Empfänger den Apprehensionsakt vornimmt. Daraus folgt denn, daß bei Eingehung eines Realcontractes der Ueberbringer der Sache ebenfalls nur die Bedeutung eines Boten hat. Hinsichtlich des Depositums ist dies in den Quellen ausdrücklich anerkannt [9], hinsichtlich der übrigen Realcontracte ist es aber nicht minder unzweifelhaft, immer natürlich vorausgesetzt, daß der Bote in dieser Qualität handelte, also z. B. die Sache, die er für seinen Herrn auf das Leihhaus bringen soll, nicht etwa auf eigenen Namen versetzt, denn in diesem Fall hat er selbst den Pfandcontract abgeschlossen [10]. Beim Darlehn haben die Römer dem Begriff des Boten eine so weite Ausdehnung gegeben, daß selbst die Hand-

---

9) l. 1 § 11 Depos. (16. 6) ... cum eo vero, qui receperit, depositi, d. h. das Depositum ist unmittelbar zwischen Deponenten und Depositar zu Stande gekommen, der Ueberbringer fungirte also nicht als Stellvertreter.

10) l. 1 § 11 Depos. cit. si vero tuo nomine receperit ... ille tibi depositi.

lung eines wirklichen Stellvertreters unter den Gesichtspunkt eines I. Jahrg. Bd. I.
Boten gebracht wurde. Es ist bekannt, daß das römische Recht demjenigen (A), in dessen Namen ein Anderer (B) einem Dritten (C) eigenes Geld zum Darlehn gibt, die Klage aus dem Darlehn zugesteht[11]) und zwar nicht als utilis, sondern als directa actio. Es war dies eine Singularität, eine Abweichung von den Grundsätzen über die Stellvertretung, was sich auch die römischen Juristen nicht verhehlt haben. Der B handelte hier nämlich als eigentlicher Stellvertreter, er selbst tradirte, denn das Geld gehörte ihm, seine Handlung war also nicht eine rein physische, wie die S. 284.
des Boten, sondern eine juristische, und zwar, da sie im Namen eines Andern vorgenommen ward, die eines Stellvertreters. Es hätte hier also Letzterem die actio directa zustehen müssen, dem A aber hätte man höchstens eine act. util. einräumen können. Diese Behandlungsweise hat nun das römische Recht in der That bei den übrigen Realcontracten eintreten lassen, und erst Diocletian gab für den Fall eines von einem unbeauftragten Stellvertreter auf fremden Namen abgeschlossenen Depositums oder Commodats die actio utilis[12]), allein beim Mutuum ist sie von jeher verlassen. Ich erkläre mir diese Abweichung in folgender Weise[13]). Daß man das zum Darlehn bestimmte Geld durch einen Andern übersenden könne, daran werden die Römer auch zur Zeit, als sie an der Unzulässigkeit einer Stellvertretung noch mit äußerster Strenge festhielten, keinen Anstoß genommen haben, denn der Ueberbringer fungirte ja gar nicht als Stellvertreter, sondern nur als Bote. Brauchte man die verkaufte Sache oder die geschuldete

11) l. 9 § 8 l. 15 R. Cr. (12. 1) l. 126 § 2 de V. O. (45. 1) verb: Plane. l. 35 § 2 de douat. (39. 5).

12) l. 8 Cod. ad exhib. (3. 42) ... nullam ... actionem stricto jure hahere, utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio.

13) Ich habe diese Ansicht zwar bereits in der im Druck befindlichen zweiten Abth. des zweiten Bandes von meinem Geist des römischen Rechts S. 351 ausgesprochen, allein da das Erscheinen dieser Schrift sich noch einige Zeit verzögern wird, kann ich hier nicht auf das dort Gesagte verweisen.

I. Jahrg. Bd. I. Summe nicht in eigner Person zu überbringen, um selbst den Act der Zahlung vorzunehmen, konnte man also bei dem dare solvendi causa das physische Ueberbringen von jeher einem Gehülfen überlassen, so mußte dasselbe auch beim dare credendi causa gelten. Gab man dies aber einmal zu, so gelangte man mit Noth-
S. 285. wendigkeit zu dem obigen Satz. Denn wollte man ihn vermeiden, d. h. wollte man dem A nur dann die Klage einräumen, wenn der B wirklich sein Bote, nicht aber, wenn er sein Stellvertreter gewesen, so hätte man dem A die Klage auch dann absprechen müssen, wenn der B statt der ihm eingehändigten Geldstücke andere abgeliefert hätte, weil in diesem Fall ja die Geldstücke nicht aus dem Eigenthum des A, sondern aus dem des B in das des C übergegangen waren, mithin hier, selbst wenn die Hingabe im Namen des A erfolgt war, doch nicht der A, sondern der B der wahre Geber gewesen war. Man hätte also, wenn man die strenge Consequenz hätte aufrecht erhalten wollen, dem A den Beweis auferlegen müssen, daß der B dieselben Geldstücke, die ihm eingehändigt waren, auch wirklich abgeliefert habe. Dieser Beweis der Identität der Geldstücke oder allgemeiner der fungiblen Sachen war aber ein unmöglicher, an ihm hätte jede Darlehnsklage scheitern müssen. Darum mußte man mit Rücksicht auf die eigenthümliche Natur der fungiblen Sachen beim Darlehn eine Ausnahme machen, die für die übrigen Realcontracte, bei denen eine solche Rücksicht nicht vorlag, weil die Schwierigkeit des Beweises der Identität bei nicht fungiblen Sachen ungleich geringer ist, nicht geboten war. Ueberhob man aber einmal den A jenes Beweises der Identität, so blieb als Beweisthema nur übrig, daß B in seinem, des A, Namen dem C zum Zweck eines Darlehns Geldstücke abgeliefert habe. Nun hätte man immerhin die Frage von der Identität der Geldstücke dem Schuldner zum indirecten Gegenbeweis nachlassen können, so daß also, wenn er z. B. in dem angenommenen Fall die Verwechselung der Geldstücke durch den Boten nachwies, der A mit der Klage hätte abgewiesen werden müssen. Allein mit Recht schloß man auch diese

durch kein praktisches Interesse gebotene strenge Consequenz aus. I. Jahrg. Bd. I.
In den meisten Fällen hätte auch der Schuldner den Beweis nicht S. 286.
erbringen können, und sein ganzes darauf fundirtes Vorbringen konnte nur als eine Chikane erscheinen. So kam man denn zu dem Satz: zu dem Beweis des Darlehns genügt der Beweis der Ablieferung des Geldes im Namen des Klägers, die Frage, ob die Geldstücke ihm gehörten und ob der Zahlende Bote oder Stellvertreter war, kann gar keinen Gegenstand der Verhandlung bilden, sie ist durch eine praesumtio juris et de jure erledigt, das Eigenthum des Klägers an den Geldstücken und die Qualität der Mittelsperson als Bote wird nicht bloß präsumirt, sondern fingirt. Entschloß man sich einmal, den Boten, selbst wenn er das Geld verwechselt hatte, nichtsdestoweniger als Boten anzusehen, legte man also bei ihm kein Gewicht auf den Umstand, ob er eigenes Geld oder das des A abgeliefert hätte, so mußte man dasselbe auch bei jedem Andern thun, der im Namen des A ein Darlehn gab, z. B. dem Schuldner oder Geschäftsführer des Darleihers, kurz man mußte Jeden, der in dieser Weise Geld ablieferte, juristisch als Boten charakterisiren. Derselbe Satz gilt auch für Zahlungen; juristisch zahlt hier der, in dessen Namen sie geleistet wird, die Mittelsperson aber, möge sie in Wirklichkeit Bote oder Stellvertreter gewesen sein, gilt juristisch stets als Bote[14]). Nur insofern hat dieser Satz bei Zahlungen noch eine weitere Ausdehnung erlangt als bei den Realcontracten,
als er bei ihnen meines Wissens nicht auf fungible Sachen be- S. 287.
schränkt ist, eine Verschiedenheit, die sich übrigens wohl begreift.

Wir nehmen jetzt den Faden der früheren Darstellung wieder auf, und zwar verbleibt uns noch die Frage, ob vom Holen das-

---

14) Die Fiction, daß der Zahlende Bote des Schuldners gewesen, wird bis zu dem Grade durchgeführt, daß selbst der entgegenstehende Wille des Schuldners nicht in Betracht kommt (alium pro alio solvere posse vel invito debitore), und daß bei einer indebiti solutio nicht dem Zahlenden, sondern dem vermeintlichen Schuldner die cond. indeb. zugestanden wird. l. 53 de cond. ind. (12. 6).

I. Jahrg. Bd. I. selbe gilt, wie vom Bringen und Abliefern, nämlich daß es keine juristische Handlung ist. Es ist nun in Bezug auf diese Frage wohl zu unterscheiden zwischen dem bloßen Holen und dem damit etwa verbundenen Besitzerwerb für einen Andern. Wenn der B für den A eine Sache holt, an der Letzterer bereits den Besitz hatte, so ist dies ebensowenig eine juristische Handlung, als wenn der A selbst sich dieser Mühe unterzieht, es ist eine bloße Ortsveränderung der Sache ohne alle juristische Bedeutung. Ganz anders hinsichtlich des Besitzerwerbs. Der äußere Akt, durch den derselbe vermittelt wird, die Apprehension ist eine juristische Handlung, da sie die juristische Wirkung des Besitzerwerbes zur Folge hat. Ob A selbst oder für ihn der B diese Handlung vornimmt, ist hierfür vollkommen gleichgültig, im letzteren Fall ist die Dienstleistung der Mittelsperson juristischer Art, sie fällt mithin unter den Gesichtspunkt der Stellvertretung. Dies erkennt bekanntlich auch das römische Recht an. Es ist daher ungenau, wenn man für dies Verhältniß von einem Boten spricht. Bote ist die Mittelsperson nur, insofern sie holt oder bringt, aber insofern sie apprehendirt, Stellvertreter. Das Holen und Bringen kann auch ein Wahnsinniger oder ein Thier verrichten, wie in dem obigen Beispiele der Hund und die Brieftaube, allein apprehendiren nur eine willensfähige Person [14a]).

Ich will noch einige andere Fälle von Dienstleistungen er-
S. 288. wähnen, ohne aber in eine nähere Untersuchung derselben einzugehen. Der Untergang der Servituten durch Nichtgebrauch wird bekanntlich abgewandt, nicht bloß, wenn der Berechtigte selbst, sondern auch wenn für ihn ein Anderer die Servitut ausübt. Ist dies uti und frui eine juristische oder bloß factische Handlung, oder kömmt es in dieser Beziehung auf eine Unterscheidung an [15])?

14a) l. 1 § 9—11 de poss. (41. 2) . . . et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.

15) Zur Beantwortung der Frage verweise ich auf l. 2 § 1 — l. 7, l. 12 § 5 de usu (7. 8) l. 12 § 2. l. 38, 39 de usufructu (7. 1) l. 5, 6 pr., l. 12., l. 20—24 serv. quemad. am. (8. 6).

Die Spezification und Occupation sind juristische Handlungen, da I. Jahrg. Bd. I.
sie Eigenthum begründen; ist nun die Dienstleistung des Arbeiters in der Fabrik, der für den Fabrikanten spezificirt, und die des Gehülfen eines Fischers, Jägers u. s. w. eine juristische Handlung, d. h. spezificirt, occupirt er für den Herrn, ist er Stellvertreter, oder spezificirt, occupirt der Herr durch ihn, d. h. ist er Gehülfe? Es scheint mir darauf anzukommen, ob die Mittelsperson allein die Spezification, Occupation vornimmt — in diesem Fall ist sie Subject der Handlung, und mithin, insofern die Wirkung derselben unmittelbar dem Prinzipal zufällt [16], Stellvertreter — oder aber ob sie bloß bei einer Spezification, Occupation des Prinzipals hülfreiche Hand leistet — in diesem Fall ist sie bloß Gehülfe. Im ersten Fall würde der Wahnsinn der Mittelsperson die Wirkung der Handlung wie für sie selbst, so auch für den Prinzipal ausschließen, im zweiten Fall nicht.

So viel über den Unterschied zwischen juristischen und facti- S. 289.
schen Dienstleistungen. Worin besteht nun das praktische Interesse desselben? Ich antworte darauf zunächst negativ: der Unterschied bezieht sich nicht auf das obligatorische Verhältniß zwischen dem Leistenden und dem Prinzipal, d. h. die obligatorischen Verhältnisse des Mandats, der Dienstmiethe, des Innominatcontracts u. s. w. reagiren auf diesen Unterschied nicht. Ein Mandat kann ebensowohl auf Vornahme von factischen Dienstleistungen, wie z. B. Bestellen einer Nachricht, Reinigen von Kleidern u. s. w., gerichtet sein, als auf Abschluß eines Rechts-

16) Das Eigenthum erwirbt der, für den die Spezification vorgenommen l. 25, l. 27 § 1, 2 de A. R. D. (41. 1) . . is, cujus nomine factum sit. Daraus folgt aber nicht, daß der Tisch, den der Tischler auf meine Bestellung anfertigt, sofort in mein Eigenthum fällt, denn der Tischler spezificirt nicht in meinem Namen, sondern für sich selbst, wenn auch mit der Absicht, um sich dadurch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu ermöglichen. Der Rock, den der Schneider aus meinem Tuch anfertigt, gehört mir, der, den er aus eignem Tuch für mich macht, ihm.

I. Jahrg. Bd. I. geschäfts[17]) und von der negotiorum gestio[18]) und der Dienstmiethe (man denke z. B. an den institor oder an eine Apprehension durch den Bedienten) gilt ganz dasselbe.

Wichtig dagegen wird der Unterschied für die Frage von der Fähigkeit der Mittelsperson. Ist ihre Mitwirkung juristischer Art, so bedarf es auch einer juristischen Fähigkeit derselben, ist sie rein factischer Art, so kömmt es darauf nicht an. So könnte man sich also eines Blödsinnigen bedienen, um durch ihn als Boten einen Contract abzuschließen, eine Sache zu schicken oder holen zu lassen, um durch ihn zu spezificiren, occupiren u. s. w., allein er ist unfähig, wie für sich[19]), so auch für uns Besitz zu ergreifen
S. 290. oder als Stellvertreter einen Contract abzuschließen, mithin auch Institor zu sein[20]). Dasselbe gilt vom Kinde; die bekannte Modification der Besitzunfähigkeit des Kindes rücksichtlich einer demselben gemachten Schenkung[21]) kann ihrem Inhalt nach einem Dritten nicht zu Gute kommen. Die Dienstleistungen dieser Personen haben also lediglich einen physischen Charakter, stehen mit denen eines Thieres auf ganz gleicher Stufe[22]).

---

17) l. 22 de praesc. verb. (19. 5): Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente mandati est obligatio. l. 42 mand. (17. 1): Einziehen von Nachrichten. Man sollte daher die Definition lieber auf unentgeltliche Vornahme von Dienstleistungen, als auf Verrichtung fremder Geschäfte stellen, wenigstens müßte man in den Lehrbüchern, um einem Irrthum vorzubeugen, die Bemerkung hinzufügen, die ich im Texte gemacht habe.

18) l. 10 (contraria actio), 30 (directa actio), de neg. gest. (3. 5). Dahin würde z. B. auch gehören das Auffangen und Verpflegen eines flüchtigen Thieres. l. 10 Cod. de neg. gest. (2. 19).

19) l. 1 § 10. l. 18 § 1 de poss. (41. 2).

20) Der Prinzipal wird also durch einen unfähigen Institor, wenn er als solcher (nicht etwa als Bote) gehandelt hat, gar nicht verpflichtet. Thöl, Handelsrecht Bd. I § 27a Anm. 2.

21) l. 3 Cod. de poss. (7. 32).

22) Diesen Vergleich machen auch die römischen Juristen bei Gelegenheit eines vom Wahnsinnigen angestifteten Schadens (l. 5 § 2 ad leg. Aq. (9. 2) . . quemadmodum si quadrupes damnum dederit aut tegula ciciderit.

Da der physische Diener oder Gehülfe keinen Antheil am Rechtsgeschäft erhält, so folgt daraus ferner, daß das Wissen und Nichtwissen desselben keinen Einfluß auf das Rechtsgeschäft äußert, während rücksichtlich des Stellvertreters, weil er der Handelnde ist, das Gegentheil Statt findet. Ob also z. B. der Correspondent oder Bote weiß, daß die Waare Mängel hat, eine fremde Sache ist u. s. w., schadet dem Prinzipal nichts, und das Gegentheil nützt ihm nichts. Auf dies Verhältniß werden wir die Aeußerungen unserer Quellen zu beziehen haben, welche die Einflußlosigkeit des Wissens der Mittelsperson behaupten[23], die entgegengesetzten aber auf den Fall der Stellvertretung; wir werden später darauf zurückkommen.

I. Jahrg. Bd. I. S. 291.

II. Juristische Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

Erster Fall: neben dem Prinzipal (der Theilnehmer).

Von einer juristischen Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft kann nur da die Rede sein, wo die Handlung des Theilnehmers sich der des Prinzipals in der Weise anschließt, daß beide zusammen genommen ein einziges und zwar dem Prinzipal angehöriges Rechtsgeschäft constituiren. Wer als Bürge oder

---

23) z. B. 2 de litig. (44. 6) . . nam si mandatu (domini emit), etiamsi scit servus, dominus autem ignoravit, scientia non nocet. l. 13 de cont. emt. (18. 1). Vergleicht man die letztere Stelle mit der unmittelbar vorhergehenden l. 12 ibid. von demselben Juristen Pomponius, in der das richtige Prinzip aufgestellt wird: personae ementium et vendentium spectari debent, so begreift man kaum, wie sich unsere Interpreten die Benutzung des im Text aufgestellten Gesichtspunktes zur Vereinigung der l. 13 mit den scheinbar widersprechenden Stellen entgehen lassen konnten, denn daß in der letztern Stelle der Sklave nicht als »persona ementis«, mithin nicht als Stellvertreter, sondern als Bote gemeint sein kann, folgt ja schon aus l. 12. Welche gekünstelte Interpretation stellt hier z. B. Mühlenbruch, Cession § 13 (Aufl. 3 S. 122) auf! Auf Abschluß durch einen Boten beziehe ich ebenfalls den Schlußsatz der l. 51 pr. de aed. ed. (21. 1) und kann daher mit der Auffassung Buchka's in seiner Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen S. 14 nicht übereinstimmen.

I. Jahrg. Bd. I. Correalschuldner sich an der Obligation eines Andern betheiligt, wirkt nicht zu dem Rechtsgeschäft mit, wodurch der Schuldner verpflichtet wird, er schließt vielmehr ein eignes, für ihn selbst Wirkungen äußerndes Rechtsgeschäft ab.

Die einzelnen Momente, wodurch sich das hier zu betrachtende Verhältniß charakterisirt, sind folgende:

1) Die Handlung des Theilnehmers ist juristischer Art, sie erzeugt rechtliche Wirkungen, die ohne sie nicht eingetreten wären. Daraus folgt, daß die allgemeinen Grundsätze über juristische Handlungen auch für sie gelten, namentlich also Handlungsfähigkeit erforderlich ist.

S. 292. 2) Diese Wirkungen treffen nicht ihn, sondern den Prinzipal. Bis soweit stimmt also das Verhältniß mit der ächten oder unmittelbaren Stellvertretung völlig überein; bei beiden nimmt der Dienstleistende eine juristische Handlung vor, und die Wirkungen fallen, ohne ihren Durchgang durch seine Person zu nehmen, sofort dem Prinzipal zu. Der Unterschied beider liegt in dem folgenden Moment.

3) Das Rechtsgeschäft besteht aus zwei Handlungen, der des Prinzipals, wir nennen sie die Haupthandlung, und der des Theilnehmers, der Nebenhandlung; letztere steht zur ersteren in einem Accessionsverhältniß, sie ergänzt, vervollständigt dieselbe, aber sie ist für sie in dem Maße nothwendig, daß das Rechtsgeschäft ohne sie nicht zu Stande kommen kann. Beide Handlungen stehen und fallen mit einander, ist die eine ungültig, so hat auch die andere keine Bedeutung, wenn sie im Uebrigen für sich allein auch durchaus fehlerfrei wäre. Der Ausdruck Haupt- und Nebenhandlung rechtfertigt sich also nur insofern, als man den Prinzipal als das eigentliche Subject des Rechtsgeschäfts bezeichnen darf. Aus dem Accessionsverhältniß folgt aber nicht, daß beide Handlungen in demselben Moment vorgenommen werden oder daß die Haupthandlung der Nebenhandlung vorausgehen müßte; es ist an sich eine Trennung beider und eine Umkehrung dieser

immerhin natürlichen Ordnung denkbar, nur versteht es sich I. Jahrg. Bd. I.
von selbst, daß die Existenz des Rechtsgeschäfts erst von dem Moment der Vornahme der letztern Handlung an datirt.

Wir wollen jetzt die einzelnen Fälle, in denen ein solches Verhältniß der Theilnahme vorliegt, aufzählen, und bei dieser Gelegenheit zugleich, soweit es nöthig, eine Anwendung der aufgestellten Grundsätze geben.

1) Die Mitwirkung des gesetzlich nothwendigen Zeugen. S. 293.
Der freiwillig zugezogene Zeuge hat keinen Antheil am Rechtsgeschäft; ob er fehlt oder zugezogen wird, hat auf den Bestand des Rechtsgeschäfts keinen Einfluß, sondern nur für den Beweis. Ganz anders beim gesetzlichen Zeugen. Er muß zugezogen werden, wenn das Geschäft rechtliche Existenz gewinnen soll, er gehört zur Solennität des Geschäfts, und insofern könnte man ihn Solennitätszeugen nennen, wenn man sich nicht gewöhnt hätte, den letztern Ausdruck in einem engern Sinn zu nehmen [24]. Der Grund, warum der Gesetzgeber die Zuziehung desselben verordnet hat, wird kaum ein anderer sein, als das Interesse des Beweises; allein dadurch, daß diese Zuziehung zur Bedingung der Gültigkeit des Geschäfts gemacht ist, erleidet der juristische Charakter des Zeugen selbst eine wesentliche Veränderung. Der freiwillige oder gewöhnliche Beweiszeuge bleibt dem Geschäft völlig fremd, er steht außer demselben, ihm gegenüber; den Inhalt seines Zeugnisses bildet die rein physische Thatsache des Sehens und Hörens. Der gesetzliche Zeuge hingegen nimmt Theil an dem

---

24) Ich will die Berechtigung dazu nicht bestreiten, allein man soll sich nur durch den Ausdruck nicht zu dem Glauben verleiten lassen, als ob die Solennität in der besonderen Qualification des Zeugen (z. B. beim römischen Testament: männliches Geschlecht, römische Bürger u. s. w.) stecke, während sie doch in der Nothwendigkeit der Zuziehung einer gewissen Zahl von Zeugen besteht. So könnte also denkbarer Weise eine Frau Solennitätszeugin sein, wenn z. B. zum instrum. quasi publicum über die Intercession der Frauenzimmer oder zur donat. mort. causa Frauenzimmer als Zeugen zugezogen werden dürften, denn auch sie würden hier zur Solennität des Rechtsgeschäfts mitwirken.

I. Jahrg. Bd. I. S. 294. Geschäft, er steht innerhalb desselben, und Gegenstand seines Zeugnisses ist nicht sowohl die physische Thatsache des Sehens und Hörens, als die seiner eigenen juristischen Mitwirkung. Diese Mitwirkung ist eine Handlung im juristischen Sinn und wird daher ganz nach den Grundsätzen beurtheilt werden müssen, die für letztere gelten. In einem Recht also, das z. B. den Grundsatz ausspräche, daß Zwang eine Handlung nicht bloß anfechtbar, sondern nichtig mache, würde ein gezwungener Solennitätszeuge gar nicht als solcher gelten können[25], während die Beweiskraft eines bloßen Beweiszeugen durch den Zwang nicht alterirt würde, da seine Assistenz bei dem Geschäft eine rein physische war, der Zwang aber die bloße Sinneswahrnehmung nicht ausschließt.

Der nothwendige Zeuge unterscheidet sich also dem Bisherigen nach dadurch vom freiwilligen, daß er Theilnehmer am Rechtsgeschäft ist. Aber die Art dieser Theilnahme erfordert noch eine nähere Bestimmung, um sie zu den folgenden Fällen in Gegensatz zu bringen. Nach dieser Seite hin liegt nun das unterscheidende Merkmal in dem Moment, welches beiden Arten der Zeugen gemeinsam ist, nämlich darin, daß die Function beider in einer bloßen Assistenz, in einem passiven oder receptiven Verhalten besteht. Den Charakter einer Handlung gewinnt dieses receptive Verhalten bei dem gesetzlichen Zeugen dadurch, daß er sich entschließt, der an ihn gerichteten Aufforderung zur Theilnahme (rogatio)[26] Folge zu leisten, während bei dem freiwilligen
S. 295. Zeugen weder eine Aufforderung, noch eine Annahme derselben nöthig ist.

---

25) Rücksichtlich des Testamentszeugen erkennt das römische Recht diese Wirkung des Zwanges ausdrücklich an, l. 20 § 10 qui testam. (28. 1), und dasselbe wird man bei jedem Solennitätszeugen annehmen dürfen.

26) Diese Aufforderung ist durchaus nothwendig, sie ergibt sich aus dem Begriff der Theilnahme, welche letztere nicht denkbar ist, wenn nicht der Prinzipal die Zeugen durch eigene Thätigkeit, so zu sagen, in den Kreis des Rechtsgeschäfts aufnimmt. Ob sie ausdrücklich oder stillschweigend geschieht, ist natürlich hier, wie überall, gleichgültig.

2) Die Mitwirkung des Vormundes zu dem Rechtsgeschäft des Mündels durch Ertheilung seiner Zustimmung (tutoris auctoritas und consensus curatoris). Soweit diese Zustimmung überhaupt erforderlich ist, gilt das Geschäft nicht ohne dieselbe, die Ertheilung derselben gehört also mit zum Thatbestande des Geschäfts und muß mithin von dem bewiesen werden, der die Existenz desselben behauptet. So verschieden nun im Uebrigen die Stellung des Tutors und Curators ist, so hat dies doch auf das vorliegende Verhältniß keinen Einfluß, beide gelten als Theilnehmer an der Handlung des Mündels. Bei dem Tutor aber prägte man diesen Gesichtspunkt auch äußerlich in den Formen der Ertheilung der tutoris auctoritas aus; sie konnte der Handlung des Pupillen nicht vorausgehen, sondern mußte ihr nachfolgen und zwar sofort[27]. Der Consens des Curators wird freier behandelt, er konnte nach und folglich gewiß auch vor dem Geschäft des Curanden ertheilt werden. Heutzutage ist diese rein formelle Verschiedenheit beseitigt; ob der Tutor einen vom Pupillen einseitig abgeschlossenen Kaufcontract sofort oder erst später genehmigt, ist völlig gleichgültig, nur versteht es sich von selbst, daß im letztern Fall die Existenz des Geschäfts erst vom Moment der ertheilten Genehmigung datirt, denn da die Einwilligung des Tutors zum Thatbestande des Geschäfts gehört, so kann dieselbe keine rückwirkende Kraft haben (so wenig wie der Eintritt einer conditio juris), das Geschäft nicht schon zu einer Zeit angenommen werden, wo der Thatbestand desselben noch nicht vorhanden war. Daraus folgt denn, daß die Handlung des Pupillen, die für sich allein gar keinen Bestand hatte, so anzusehen ist, als ob sie im Moment der Genehmigung vorgenommen oder wiederholt worden wäre, in ähnlicher Weise wie bei der Bestellung einer Servitut durch mehrere Miteigenthümer, die der juristischen Auffassung nach ebenfalls ein einziges Rechtsgeschäft ist und ursprüng-

I. Jahrg. Bd. I.

S. 296.

---

27) § 2 J. de auct. tut. (4. 21) . . statim in ipso negotio; . . post tempus vero . . nihil agit.

I. Jahrg. Bd. I. lich auch äußerlich durch einen Akt bewerkstelligt werden mußte, die successive Vornahme der Bestellung von Seiten der einzelnen Eigenthümer unter den Gesichtspunkt gebracht wird: cum postremus cedat, non retro acquiri servitus videtur, sed perinde habetur, ac si cum postremus cedat, omnes cessissent. l. 18 Comm. praed. (8. 4). Man kann darüber streiten, ob dasselbe auch rücksichtlich des Consenses des Curators anzunehmen sei. Es wäre nämlich eine andere Behandlungsweise allerdings denkbar, diejenige nämlich, welche bei der ächten Ratihabition eintritt. Ein von vornherein nichtiges Geschäft kann nicht ratihabirt werden, es ist juristisch noch nichts vorhanden, was durch die Ratihabition aufrecht erhalten werden könnte; unter dem Schein einer Ratihabition des alten Geschäfts verbirgt sich hier in der That nur der Abschluß eines neuen Geschäfts mit demselben Inhalt, und will man hier einmal von einer Ratihabition sprechen, so sollte man sie nur die unächte nennen[28]). Darum
S. 297. kann hier auch von keiner rückwirkenden Kraft die Rede sein; sie würde den logischen Widerspruch involviren, daß das Geschäft bereits zu einer Zeit existirt hätte, wo der Thatbestand desselben noch nicht völlig vorlag. Dies Verhältniß ist also dem eben betrachteten der nachfolgenden Ertheilung der tutoris auctoritas ganz homogen, bei beiden datirt die Existenz des Geschäfts erst vom jetzigen Moment an und zwar aus demselben Grunde juristisch-logischer Nothwendigkeit. Ganz anders bei der ächten Ratihabition. Sie nämlich **begründet** nicht erst das Rechtsgeschäft, letzteres war vielmehr bereits vorhanden, aber behaftet mit einem Mangel, und die Ratihabition bezweckt eben die Beseitigung dieses Mangels. Der Gezwungene kann das erzwun-

---

28) l. 65 § 1 de rit. nupt. (23. 2) l. 10 ad S. C. Trebell. (36. 1) l. 4 § 6 de off. proc. (1. 16). **Savigny**, System IV. S. 555 fl. Die Bestimmung Justinian's in l. 25 Cod. de don. i. vir. (5. 16) erscheint mir daher als eine Singularität, die auf Schenkungen unter Ehegatten zu beschränken ist. Die römischen Juristen hatten auch hier die richtige Ansicht, s. z. B. l. 1 § 2. l. 4 pro don. (41. 6).

gene Geschäft hinterher ratihabiren, denn es bestand bereits, hin- I. Jahrg. Bd. I.
gegen ein im Zustande völliger Bewußtlosigkeit abgeschlossenes Geschäft läßt sich nicht ratihibiren, denn es existirte juristisch gar nicht, es gelangt erst jetzt zur Existenz, die Ratihabition ist hier also nur eine Form für den jetzigen Abschluß des Geschäfts. Eben aber weil bei der ächten Ratihabition das Geschäft bereits ursprünglich existirt hat, und der Einfluß derselben nur darin besteht, einen Anfechtungsgrund oder einen Mangel in seiner Wirksamkeit zu beseitigen, darf man hier von einer rückwirkenden Kraft sprechen, denn jetzt, wo der Mangel beseitigt ist, ist es in der That so gut, als ob derselbe niemals bestanden hätte. Die rückwirkende Kraft hat keine weitere Bedeutung, als die Frage vom Datum des Geschäfts zu bestimmen[29]).

Nun wäre es, wie gesagt, denkbar, daß die positiven Rechte S. 298.
die fehlende Einwilligung des Curators zu einem Rechtsgeschäft des Minderjährigen, das überhaupt dieser Mitwirkung bedürfte, als einen bloßen Mangel betrachtet hätten. In diesem Fall würde das Rechtsgeschäft bereits vor dieser Einwilligung juristisch existiren, und die spätere Einholung derselben würde nach Art der ächten Ratihabition wirken, so daß also als Datum des Geschäfts der Tag des Abschlusses durch den Minderjährigen betrachtet werden müßte, was für manche Verhältnisse z. B. den Anfangspunkt der Usucapion, die Klagverjährung u. s. w. sehr wichtig werden könnte. So aufgefaßt dürften wir die Einwilligung des Curators als Requisit der Wirksamkeit des Geschäfts bezeichnen, die der Einwilligung des Tutors hingegen als Requisit der Existenz desselben. So viel mir bekannt, bieten uns unsere Quellen weder eine directe Entscheidung dieser Frage, noch einmal einen festen Anhaltspunkt zur Beantwortung derselben dar. Am meisten dürfte sich hier wohl die Ansicht empfehlen, daß der Consens des Curators in dieser Beziehung der tutoris auctoritas

---

29) Ein Gesichtspunkt, dessen nähere Durchführung ich mir für eine spätere Gelegenheit vorbehalte.

I. Jahrg. Bd. I. gleichzustellen ist, und zwar wegen der allgemeinen Bestimmung des römischen Rechts, daß die Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften Nichtigkeit begründen soll [30]. Hiernach würde denn alles oben über die tutoris auctoritas Gesagte heutzutage über den Consens des Vormundes schlechthin gelten, so daß also das ohne Vormund abgeschlossene Geschäft das Datum des Tages trüge, an dem die nachträgliche Zustimmung desselben erfolgt ist.

S. 299. 3) Mitwirkung der Obrigkeit bei Rechtsgeschäften der Privaten. Eine derartige der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörige Thätigkeit der Obrigkeit läßt sich nach Verschiedenheit der Fälle bald mit der der gesetzlich nothwendigen Zeugen, bald mit der der Vormünder vergleichen. Sie ist nämlich, wie die jener, bald eine rein receptive, so z. B. bei dem testamentum apud acta conditum oder judici oblatum, dem pignus publicum, der Insinuation der Schenkung u. s. w. und dasselbe gilt von der notariellen Mitwirkung, wo dieselbe gesetzlich vorgeschrieben ist. Es leidet hier demnach alles unter Nr. 1 Gesagte Anwendung, namentlich also würde z. B., da der Notar als Theilnehmer am Rechtsgeschäft juristisch handelt (nicht bloß schreibt), ein gegen ihn ausgeübter Zwang das Geschäft selbst nichtig machen [31]. Mit der Thätigkeit der Vormünder läßt sich die der Obrigkeit dann vergleichen, wenn sie nicht in einer bloßen Beglaubigung, Solennisirung des Geschäfts, sondern in einer Zustimmung, Bestätigung, Autorisation u. s. w. besteht. Es wird nicht nöthig sein, auf den Unterschied derselben von einem andern Fall obrigkeitlicher Thätigkeit aufmerksam zu machen. Wenn die Obrigkeit oder höchste Regierungsbehörde auf Antrag einer Partei eine venia aetatis ertheilt, Vormünder bestellt, eine Inventarisation, eine legitimatio per rescriptum u. s. w. vornimmt, so liegt keine gemeinsame Handlung beider Theile vor, sondern die Be-

---

30) l. 5 Cod. de leg. (l. 14) . . . nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.

31) Nach Analogie der oben citirten l. 20 § 10 qui testam. (28. 1).

hörde handelt allein, und der Antrag der Partei hat bloß die Be- I. Jahrg. Bd. I.
deutung, diese Handlung veranlaßt zu haben. In unserm Verhältniß ist umgekehrt die Partei das eigentliche Subject des Rechtsgeschäfts, die Obrigkeit nimmt, wie bemerkt, ganz die Stellung des Vormundes ein. Das römische Recht kennt auch dies zweite S. 300.
Verhältniß der obrigkeitlichen Theilnahme, ich erinnere z. B. an die gerichtliche Bestätigung des Vergleichs über hinterlassene Alimente, an das decretum de alienando rücksichtlich der Mündelgüter, an die obrigkeitliche causae cognitio bei der Arrogation eines Unmündigen u. s. w.; das heutige Recht hat noch manche andere Fälle hinzugefügt, z. B. Bestätigung gewisser Verträge der Bauern, der Einkindschaft u. s. w.

Rücksichtlich dieser zweiten Art der obrigkeitlichen Mitwirkung kann die Frage, welchen Einfluß sie auf das Rechtsgeschäft ausübt, kaum zweifelhaft sein. Da nämlich dem Richter hier nicht bloß ein passives Registriren, sondern das Recht einer selbständigen Untersuchung und Entscheidung zugewiesen ist, so läßt sich gar nicht im Voraus mit objectiver Gewißheit bestimmen, ob die Genehmigung erfolgen wird, und selbst wenn dies möglich wäre, ertheilt doch erst der Act selbst dem Geschäft seine juristische Perfection. Vorher also existirt dasselbe noch gar nicht. Dadurch ist aber an sich nicht ausgeschlossen, daß der Vertrag der Parteien nicht schon vorher die Kraft eines pactum de contrahendo haben kann, ja in legislativer Beziehung wäre gegen eine solche Behandlungsweise gar nichts zu erinnern, denn die Garantie gegen eine zu besorgende Uebereilung hat der Gesetzgeber eben in dem freien richterlichen Verwerfungsrecht finden wollen. Erblickt der Richter in dem Geschäft eine Uebereilung oder Uebervortheilung und versagt ihm demgemäß die Bestätigung, so ist das pactum de contrahendo unschädlich, weil unverbindlich, da die stillschweigende Bedingung desselben: „Wenn der Richter seine Einwilligung ertheilen wird," nicht in Erfüllung gegangen ist. In dem entgegengesetzten Fall aber, wenn der Richter in dem Geschäft keinen Nachtheil für die Partei findet, steht auch die An- S. 301.

I. Jahrg. Bd. I. nahme eines vorherigen pactum de contrahendo mit der Absicht des Gesetzgebers nicht in Widerspruch. Wenn der Gesetzgeber auch hier eine Gebundenheit der Partei schlechthin ausschließt, so geht er in der That weiter, als sein Zweck es erfordert. Insofern also eine solche positive Bestimmung nicht im Wege steht, würde ich dem außergerichtlichen Contract der Parteien die Kraft eines bedingten pact. de contrahendo beilegen. Es würde also z. B. bei dem Verkauf einer Sache, für den die gerichtliche Confirmation erforderlich ist, der Käufer von dem Verkäufer die Mitwirkung zum Zweck der Einholung derselben verlangen, im Weigerungsfall aber (insofern nicht ein einseitiger Antrag des Käufers beim Richter ausreicht) eine Klage aus dem pactum de contrahendo erheben können, da die Vereitlung des Eintritts der stillschweigenden Bedingung von Seiten des Klägers nach dem Grundsatz: quoties per eum cujus interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset der Erfüllung der Bedingung gleich steht, und auf diese Weise würde dann die Confirmationsfrage der richterlichen Entscheidung unterbreitet werden.

Wie man nun auch über diese nur im Vorübergehen berührte Frage denken möge, für die Bestimmung der rechtlichen Natur des richterlichen Confirmationsdekrets ist es völlig ohne Einfluß. Ist nun diese Bestimmung, so wie wir sie oben angegeben haben, richtig, so würde daraus folgen, daß das Geschäft das Datum des richterlichen Dekrets trägt, letzteres also keine rückwirkende Kraft hat. Ich erinnere mich eines Falles, in dem diese Frage praktisch wurde. In Mecklenburg existiren unter den Patrimonialgerichtsherrn gewisse Jurisdictionsverbände. Der Austritt aus denselben durch Kündigung setzt Zustimmung der Regierung voraus,
S. 302. und zwar muß die Kündigung vor Beginn des Jahres erfolgen, mit dessen Ablauf der Austritt beabsichtigt wird. Ich glaube, daß das Jahr mit dem 1. April beginnt, es soll wenigstens hier angenommen werden. Es hatte nun der A Ende 1843 gekündigt, ohne aber bereits die Zustimmung der Regierung erwirkt zu ha-

ben, letztere erfolgte erst im Juni. Hätte dieselbe rückwirkende Kraft, so würde der A für das Jahr 1844—45 zeitig genug gekündigt haben, im entgegengesetzten Fall hingegen fiele der Akt der Kündigung in den Lauf dieses Jahres, könnte also erst für das folgende Jahr Wirkung äußern. Es ist mir unbekannt, wie die Gerichte entschieden haben, allein nach dem Obigen halte ich die letztere Ansicht für die allein mögliche. Eine Kündigung konnte erst von dem Moment angenommen werden, wo das gesetzliche Requisit derselben, die Zustimmung der Regierung vorlag, letztere war für sie eine conditio juris, wie z. B. die Eingehung der Ehe für die dos, der Eintritt einer solchen conditio juris hat aber keine rückwirkende Kraft. Ein anderes Beispiel. Ein Minderjähriger, der kurz vor der Grenze der Volljährigkeit steht, verkauft mit Zustimmung des Curators eine unbewegliche Sache, das decretum de alienando trifft aber erst ein, nachdem er volljährig geworden. Ich nehme an, der Kaufcontract ist von der Art, daß eine Restitution dagegen an sich möglich ist. Die Ertheilung derselben hängt hier davon ab, ob der Abschluß des Contracts in die Zeit der Minderjährigkeit oder Volljährigkeit zu verlegen ist. Nach der von uns aufgestellten Ansicht muß Letzteres geschehen und demnach die Restitution verweigert werden. I. Jahrg. Bd. I.

Es verbleibt uns schließlich noch ein Fall, in dem wenigstens **scheinbar** eine Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft vorliegt, nämlich

4) Zustimmung eines Berechtigten, wir wollen der Kürze wegen sagen des Eigenthümers, zur Veräußerung der Sache von Seiten eines Dritten. Der A verkauft dem B eine Sache, die, wie sich noch vor der Tradition herausstellt, dem X gehört. Letzterer willigt ein, daß die Eigenthumsübertragung auf den B erfolge. Wie ist der Antheil, den X an dem Rechtsgeschäft des A und B nimmt, zu bestimmen, liegt hier eine wirkliche Theilnahme an demselben vor oder ist dieselbe nur scheinbar? Unsere Quellen haben die Frage nicht weiter erörtert, aus Ausdrücken wie z. B. donanti consentire (l. 2 Cod. si advers. don. 2. 30), con- S. 303.

I. Jahrg. Bd. I. sentire libertati (l. 2 de man. vid. 40. 2), alienationi (l. 165 pr. de R. J. 50. 17) läßt sich nichts entnehmen, und die Bemerkung der l. 160 pr. de R. J. (50. 17): aliud est vendere aliud est vendenti consentire ist zu unbestimmt und, wie sich nachher zeigen wird, auch nicht völlig wahr, denn das vendenti consentire kann die Form eines eigenen vendere sein.

Am gerathensten wird es sein, unsere Betrachtung zunächst einem andern Verhältniß zuzuwenden, bei dem der wahre juristische Sachverhalt weniger verdeckt ist. Der Verpfänder überträgt mit Zustimmung des ersten Pfandgläubigers die Priorität des Pfandes auf einen Nachstehenden. Der Pfandgläubiger willigt in die Veräußerung und damit in den Untergang seines Pfandrechts ein, der Eigenthümer des Sklaven manumittirt mit Zustimmung des Usufructuars oder Pfandgläubigers, Fälle, wie sie z. B. in l. 2, l. 4 § 2 de manum. vind. (40. 2), l. 158 de R. J. (50. 17) u. a. erwähnt werden. In allen diesen Fällen darf man meiner Ansicht nach nicht von einer Mitwirkung an einem fremden Rechtsgeschäft sprechen, es greift hier vielmehr der Gesichtspunkt Platz, der in der l. 4 § 2 cit. mit den Worten: non tam manumittere, quam non impedire manumissionem
S. 304. videtur ausgesprochen wird. Die Handlung des Pfandgläubigers und Usufructuars fällt hier unter den Gesichtspunkt eines Verzichts, also eines eignen selbständigen Rechtsgeschäftes, und wenn auch das Motiv derselben immerhin in der Ermöglichung des jenseitigen Rechtsgeschäfts lag, so verändert dies doch nichts an ihrem juristischen Charakter. Der Ausdruck libertati, alienationi consentire ist nur von der äußeren Form hergenommen, in der dieser Verzicht ertheilt wird.

Derselbe Hergang wäre nun auch im obigen Fall möglich, und zwar würde er hier die Gestalt annehmen, daß der X sein Eigenthum auf den A und Letzterer das seinige auf den B übertrüge. Hier käme der X mit dem B in gar keine juristische Berührung, denn begreiflicherweise wird dieselbe nicht schon dadurch hergestellt, daß die Handlung des X nur in der Absicht erfolgt,

um das Rechtsgeschäft des A mit dem B zu ermöglichen, oder daß A sofort das von X erworbene Eigenthum wieder auf den B überträgt (denn er überträgt es als das seinige, nicht als das des X). Noch weniger gewährt die bloße Gleichzeitigkeit beider Handlungen einen Grund, um eine innere Verbindung beider anzunehmen. Die Handlung des X trüge hier also denselben selbständigen Charakter, wie im obigen Fall der Verzicht des Pfandgläubigers; was sie im Uebrigen wäre, ob Schenkung oder Verkauf an den A u. s. w., interessirte uns wenig. Ich nehme z. B. an, A hatte von X ein Grundstück gekauft, dasselbe darauf dem B verkauft, mit dem er jetzt auf dem Grundstück erscheint, um es ihm unter Mitwirkung von X zu tradiren. Hier liegen zwei Kaufcontracte vor, die unter sich in keiner Gemeinschaft stehen, und der eine äußere Akt der Tradition an den B würde juristisch in zwei Traditionen, in die des X an den A und die des A an den B zerlegt werden können. I. Jahrg. Bd. I.

Allein es ist noch eine andere Auffassungsweise möglich, nämlich die, daß das Eigenthum direct vom X auf den B übergeht. Gesetzt, im vorliegenden Fall wäre der A gar nicht bei dem Traditionsakt gegenwärtig gewesen, so würde derselbe auch nicht Besitzer und Eigenthümer geworden sein, insofern man nicht etwa den B als seinen Stellvertreter ansehen wollte, der dann also zuerst für den A Besitz ergriffen und sodann durch eine traditio brevi manu an sich selbst Besitz und Eigenthum erworben hätte [33]. Wäre diese letztere Auffassungsweise nothwendig geboten, um den Uebergang des Eigenthums von X auf B juristisch zu vermitteln, so würde dies manche lästige Consequenzen nach sich ziehen. So müßte z. B. eine doppelte Umschreibung in den Flur- und Lagerbüchern vorgenommen werden, und insofern der A zu den Personen gehörte, die eines gerichtlichen Consenses zur Veräußerung ihrer Liegenschaften bedürften, müßte dieser einge- S. 305.

33) So faßte nach Ulpian's Bericht in l. 3 § 12 de don. i. V. (24. 1) Celsus die Sache auf, und ebenso in § 13 ibid. Julian.

I. Jahrg. Bd. I. holt, oder wo das Object der beiden Kaufcontracte eine Emphyteuse wäre, ein doppeltes Laudemium entrichtet werden, u. s. w. Allein dieses Umweges bedarf es in der That nicht, vielmehr ist eine directe Uebertragung des Eigenthums von X auf B ohne Durchgang durch die Person des A mit der Wirkung möglich, daß dadurch beide Obligationen erfüllt werden. Man verwechsle nur nicht die zwei Solutionen[34]), die hier erfolgen, mit zwei Traditionen. Eine Solution ist möglich ohne alle Tra-
S. 306. dition, wie z. B. wenn der Schuldner im Auftrage des Gläubigers die Sache ins Wasser wirft oder verbrennt. So gut wie in diesem Falle der Schuldner liberirt wird, ohne daß er die Sache dem Gläubiger tradirt hat, muß er es auch werden, wenn er sie in dessen Auftrage unmittelbar ins Eigenthum eines Andern bringt, für ihn hat also die Handlung die Bedeutung einer Solution, und dieselbe Bedeutung hat sie für seinen Gläubiger, wenn dieser wiederum Schuldner des Empfängers war. Daß nun das römische Recht hier in der That nur eine Tradition annimmt, dafür ist mir zwar keine directe Quellenäußerung bekannt, allein es geht doch indirect aus manchen Stellen klar hervor[35]).

---

34) Oder zwei sonstige durch die eine Tradition zu vollziehende Rechtsgeschäfte s. z. B. l. 44 de solut. (46. 3), l. 65 § 4 ad SC. Trebell. (36. 1).

35) z. B. aus l. 39 de don. i. V. (24. 1); würden hier zwei Traditionen angenommen, so wäre der Mann durch Ablieferung der Sache von Seiten seines Schuldners an die Frau Eigenthümer geworden, was aber nach dieser Stelle nicht der Fall; ebenso aus l. 38 § 1 de solut. (46. 3) und der bekannten l. 49 mand. (17. 1): Servum Titii. Der zweite Fall dieser Stelle ist von den Basiliken an bis auf die heutige Zeit meiner Ansicht nach stets mißverstanden. Er ist folgender. Der X hat dem A einen Sklaven verkauft, den er für den seinigen hält, der in Wirklichkeit aber dem B gehörte. Bevor er ihn tradirt, stirbt A und wird beerbt von B. Letzterer gibt nun, anstatt sich den Sklaven abliefern zu lassen, und ohne von seinem Eigenthum Kenntniß zu haben, dem X Auftrag, denselben auf seine Rechnung anderweitig zu verkaufen. Letzteres geschieht, und X tradirt dem Käufer den Sklaven. Hier hatte also der Mandant das Eigenthum (im Gegensatz zu dem Fall 1 der Stelle, wo der Mandatar es hatte, ohne darum zu wissen); allein die Tradition war gerichtet auf Uebertragung des vermeintlichen Eigen-

Geht nun das Eigenthum von X in dem Fall, wenn A ab- I. Jahrg. Bd. I. wesend ist, direct auf den B über, so hindert nichts, auch im Fall der Anwesenheit des A denselben Hergang zu statuiren. Dies an- S. 307. genommen, würde also statt der scheinbaren Mitwirkung des X am Geschäft des A umgekehrt lediglich ein Geschäft des X vorliegen. X wäre also hier der wahre Tradent, wenngleich A die Sache dem B in die Hände gäbe. Das Verhältniß zwischen den beiden Personen wäre also das gerade entgegengesetzte von dem, wie es auf den ersten Blick erscheint, denn anstatt daß A Subject des Geschäfts wäre, und X bloß als Theilnehmer zugezogen würde, wäre umgekehrt Letzterer das wahre Subject desselben, und A hätte, obgleich ihm mittelbar gewisse Wirkungen desselben zu Gute kämen (Liberation gegenüber dem B), doch am Rechtsgeschäft als solchem nicht den mindesten Antheil.

Die Richtigkeit dieser Auffassungsweise erhellt, wie ich glaube, in überzeugender Weise aus der l. 38 § 1 de Don. i. V. (24. 1):

Idem juris erit, si ex tribus fratribus unus uxorem haberet et rem communem uxori donasset, nam ex tertia parte mulieris res facta non erit, ex duabus autem partibus reliquis, si id scissent fratres aut poste-

---

thums des Mandatars (im Fall 1 der Stelle auf Uebertragung des vermeintlichen Eigenthums des Mandanten), folglich ging in beiden Fällen das Eigenthum nicht über. Es ist also der Fall 2 der Stelle derselbe, den Paulus in l. 15 § 2 de cont. emt. (18. 1) behandelt. Wäre nun bei der Tradition von Seiten des Verkäufers an die ihm vom Käufer bezeichnete Person ein Durchgang des Eigenthums durch die Person des Käufers anzunehmen, so hätte die Entscheidung in beiden Stellen gerade entgegengesetzt lauten müssen, da der Käufer hier der wahre Eigenthümer war. Die von mir vorgetragene Erklärung der l. 49 wird übrigens wohl keiner weiteren Begründung bedürfen, ich provocire getrost auf das Urtheil eines Jeden und auch meines verehrten Freundes von Scheurl, der sich (Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts Bd. 1 S. 197 fl.) zuletzt an ihr versucht und eine bereits von den Glossatoren aufgestellte, meiner Ansicht nach aber in jeder Weise unhaltbare Auffassung wieder in Schutz genommen hat.

I. Jahrg. Bd. I. S. 308. aquam donata esset, ratum habuissent, non debere mulierem reddere.

Würde der Ehemann rücksichtlich der beiden Antheile seiner Brüder, die er hier mit vorheriger oder nachfolgender Einwilligung derselben der Frau geschenkt hat, als Schenker gelten, so wäre die Schenkung derselben nichtig [36]). Da sie aber als gültig betrachtet wird, so geht daraus hervor, daß die beiden Brüder selbst als Subjecte dieser Tradition und Schenkung angesehen werden [37]). Unter der Einwilligung zu dem Geschäft des Andern verbirgt sich hier also ein eigenes Rechtsgeschäft, der Satz: aliud est vendere (donare) aliud vendenti (donanti) consentire ist mithin in dieser Allgemeinheit unrichtig.

Andere Quellenäußerungen über unsere Frage sind mir nicht bekannt. Allerdings berühren die Quellen das Verhältniß selbst mehrfach, z. B. den Fall der Verpfändung [38]) oder des Verkaufs [39]) einer fremden Sache mit Einwilligung der nachfolgenden Genehmigung des wahren Eigenthümers, allein über die juristische Construction desselben sprechen sie sich nicht aus.

Die soeben entwickelte Auffassung ist aber nicht die einzig
S. 309. mögliche, es bleibt vielmehr noch der Gesichtspunkt übrig, den A rücksichtlich des Veräußerungsaktes als Stellvertreter des X aufzufassen. Der Pfandgläubiger, der Generalmandatar, der Vormund übertragen das Eigenthum des Verpfänders, Mandanten, Mündels, ohne daß letztere Personen als Subjecte des Rechts-

36) l. 3 § 13 ... si donaturun mihi jussero uxori meae dare .. nullius esse momenti.

37) Beides ist wohl zu unterscheiden. X kann in unserm Fall, indem er seine Zustimmung ertheilt, sie richten 1) auf den Kaufcontract, um ganz in ihn einzutreten, 2) bloß auf die Tradition, in welchem Fall der Kaufcontract für ihn keine Wirkungen äußert, also z. B. die act. emti wegen Eviction (sei es als directa oder quasi institoria) nicht gegen ihn angestellt werden könnte.

38) l. 20 pr. de pig. act. (13. 7) l. 16 § 1 de pign. (20. 1).

39) l. 4 Cod. pro emt. (7. 26) l. 14 § 4 de divers. temp. (44. 3) l. 19 Cod. de neg. gest. (2. 19) l. 2, 4. 5 Cod. de reb. alien. (4. 51) l. 44 § 1 de usuc. (41. 3).

geschäfts (d. h. als handelnd) betrachtet, ohne daß ein Durchgang des Eigenthums durch die Person der Ersteren angenommen würde. Dieser Gesichtspunkt ist nun für unser vorliegendes Verhältniß ebenfalls möglich, ja für den Fall der späteren Ratihabition ist er unerläßlich, da der X im Moment der Vornahme des Rechtsgeschäfts demselben noch völlig fremd war, und seine spätere Betheiligung an demselben nur in der Weise erreichbar ist, daß er die Handlung des A als die eines Stellvertreters ratihabirt. Dasselbe Verhältniß aber, welches hier hinterher begründet wird, wird auch von vornherein möglich sein, wenn der Wille der Parteien darauf gerichtet ist. Kann der X, ohne in das obligatorische Verhältniß zwischen A und B einzutreten, den A durch Zahlung an den B liberiren, so kann er die zu dem Zweck erforderliche Eigenthumsübertragung wie in eigner Person, so auch durch den A als Stellvertreter vornehmen lassen. I. Jahrg. Bd. I.

Um das Resultat der bisherigen Erörterung schließlich übersichtlich zusammenzustellen, so kann die hier in Rede stehende Zustimmung des Eigenthümers folgende verschiedene Formen annehmen:

1) X bleibt dem Verhältniß zwischen A und B völlig fremd, d. h. er überträgt das Eigenthum an den A und der A dasselbe an den B.

2) X tritt ganz und gar in das obligatorische Verhältniß ein, d. h. durch seine Genehmigung des von A abgeschlossenen Verkaufs schließt er jetzt selbst mit dem B einen Verkauf desselben Inhalts ab, so daß der A völlig ausscheidet, S. 310.
oder aber er erkennt den Vertrag des A als den seines Stellvertreters an, so daß A also immer noch als Stellvertreter dem B tenent bliebe.

3) X beschränkt seine Thätigkeit lediglich auf die Tradition, ohne in das obligatorische Verhältniß einzutreten, und zwar nimmt er sie

a. selbst vor, oder

b. durch den A als seinen Stellvertreter.

I. Jahrg. Bd. I. In allen diesen Fällen kann man von einer accessorischen Theilnahme des X am Rechtsgeschäft des A nicht reden, denn im Fall 1 tradirt X nicht dem B, sondern dem A, im Fall 2 tradirt zwar der X an den B, aber nicht neben dem A, sondern allein, im Fall 3 thut es entweder der A oder der X, aber nie Beide zusammen.

So viel Formen für ein einzelnes Verhältniß? höre ich Manchen ausrufen. Gewiß! Es wäre wünschenswerth, weniger zu haben, denn die Wahl zwischen ihnen kann im einzelnen Fall sehr schwer werden. Allein die Theorie kann nicht dafür verantwortlich gemacht werden, daß die Unterschiede, die sie findet, unbequem sind, wenn dieselben einmal in den Dingen selbst begründet sind. Man erinnere sich, wie viel verschiedene Formen so manche andere Geschäfte annehmen können, so z. B. die Verkaufscommission[40]. Welche von den obigen Formen im einzelnen Fall zur Anwendung kommen soll, ist rein Sache des Willens der Parteien, also quaestio facti. Im absoluten Zweifelsfall würde ich
S. 311. für die dritte präsumiren, da sie gegenüber der ersten die einfachere ist, gegenüber der zweiten aber diejenige, wodurch der consentirende Eigenthümer am mindesten belastet, dem Consens die geringste Ausdehnung gegeben wird.

Dem Bisherigen nach würde sich also der Fall 4 nicht unter den Gesichtspunkt einer accessorischen Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft bringen lassen, die Zahl der Fälle wäre demnach, wenn mir sonst keine entgangen sind, mit den drei oben aufgeführten beschlossen.

Es möge schließlich noch mit zwei Worten das Wesen dieser Art der Theilnahme hier wiederholt werden. Sie charakterisirt sich

1) als eine juristische Handlung,
2) als unerläßliche Ergänzung der juristischen Handlung eines Andern. Darin, daß sie lediglich den Zweck hat,

---

40) 1) Mandat, 2) Dienstmiethe, 3) Innominatcontract (facio, ut des), 4) Societät, 5) Trödelcontract, 6) Commissionsgeschäft.

die andere zu ergänzen, liegt, daß sie nur in letzterer Bestand gewinnen kann, also im Fall der Ungültigkeit der letzteren völlig wirkungslos bleibt; darin, daß sie eine nothwendige Ergänzung derselben ist, liegt, daß letztere wiederum ohne sie nicht besteht. I. Jahrg. Bd. I.

3) durch die Wirkungslosigkeit des gemeinsamen Rechtsgeschäfts für den Theilnehmer. Das Rechtsgeschäft ist nicht das seinige, sondern das des Prinzipals, er selbst gewinnt und verliert durch dasselbe nichts, kömmt in keiner Weise in den Bereich der Wirkungen desselben. Daraus folgt denn, daß, wie immerhin er sich auch bei oder nach Abschluß desselben gerire, darauf zwar eine actio oder exceptio doli gestützt, nie aber ein Anspruch gegen ihn aus dem Rechtsgeschäft selbst erhoben werden kann [41].

III. Juristische Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

(2. Der Ersatzmann.)

Das Verhältniß, das wir jetzt zu betrachten haben, hat eine große Aehnlichkeit mit der Stellvertretung und ist daher nicht selten mit derselben verwechselt. Die Aehnlichkeit beider liegt darin, daß bei beiden die Mittelsperson dem Prinzipal die Mühe des eignen Contrahirens abnehmen soll, daß also die Mittelsperson handelt (Unterschied beider vom Gehülfen) und zwar allein handelt, anstatt des Prinzipals, nicht neben demselben (Unterschied beider vom Theilnehmer). Die Verschiedenheit beider aber besteht darin, daß das durch den Stellvertreter abgeschlossene Geschäft auf den Namen des Prinzipals gestellt wird, die Richtung desselben auf den Principal hier also ein objectives, äußerlich hervortretentes Moment des Geschäfts selbst S. 312.

41) So würde also auch, wenn der Tutor seine autoritas zur Tradition einer angeblich dem Pupillen gehörigen Sache ertheilt, selbst dann das Eigenthum nicht auf den Empfänger übergehen, wenn der Tutor wußte, daß es ihm selbst zustand, aber der Vindication von seiner Seite würde der Empfänger die exc. doli entgegenstellen können.

I. Jahrg. Bd. I. bildet, während diese Beziehung in dem andern Fall etwas rein Subjectives und Innerliches ist und sodann, was die Wirkungen anbelangt, daß dieselben dort, sei es dem Rechte oder der Ausübung nach, nach gesetzlicher Vorschrift sofort auf den Prinzipal übergehen, hier hingegen in der Person des Ersatzmannes entstehen und fortdauern, die Ueberweisung derselben an den Prinzipal aber nur auf gewöhnlichem Wege durch besondere Rechtsgeschäfte geschehen kann.

So scharf nun demnach beide Begriffe unterschieden sind, so hat man sie doch, wie gesagt, nicht selten verwechselt. Eine Hauptquelle des Irrthums scheint mir die Ungenauigkeit im Gebrauch
S. 313. der Ausdrücke: Mandatar und Stellvertreter gewesen zu sein. Wie häufig trifft man dieselben als gleichbedeutend gebraucht, und doch bezeichnen sie selbst da, wo beide Begriffe im einzelnen Fall zusammentreffen, zwei völlig verschiedene Seiten des Verhältnisses. Bei der mandirten Stellvertretung nämlich bezeichnet Mandatar und Mandant das relative Verhältniß zwischen diesen beiden Personen, die innere Seite des Verhältnisses, Stellvertreter und Prinzipal hingegen ihre Qualität dritten Personen gegenüber, ihren absoluten Charakter, die äußere Seite des Verhältnisses. Die eine Seite ist für die andere vollkommen gleichgültig und einflußlos, ihr Zusammentreffen ein zufälliges, was am besten daraus hervorgeht, daß es Mandatare gibt, die keine Stellvertreter sind (der Ersatzmann und Mandatar, denen bloß eine physische Dienstleistung aufgetragen ist, s. Note 17) und Stellvertreter, die keine Mandatare sind (z. B. der Vormund, der neg. gest., wenn sie den Vertrag als Stellvertreter und nicht etwa als Ersatzmänner abgeschlossen haben). Jene beiden Seiten verhalten sich also ähnlich zu einander wie der contractus pigneratitius, der sich rein auf das Verhältniß zwischen Pfandbesteller und Pfandnehmer beschränkt, und das Pfandrecht; auch sie können zusammentreffen und ganz aus einander fallen.

Die angegebene Verwechselung der beiden Begriffe: Man=

datar und Stellvertreter führte fast mit Nothwendigkeit zu einem I. Jahrg. Bd. I.
gleichen Fehler rücksichtlich des Stellvertreters und Ersatzmannes. Denn wenn auch das Mandat nicht die einzige Form ist, in der der letztere Begriff vorkommt, da z. B. auch der Vormund als Ersatzmann handeln kann, so ist es doch die bei weitem häufigste. Da aber für gewisse Verhältnisse der eigenthümliche Charakter des Ersatzmannes der Sache nach zu bestimmt im positiven Recht ausgeprägt war, als daß man ihn hätte verwischen können, wie S. 314.
z. B. bei der Commanditengesellschaft in der Stellung des Complementars gegenüber den Gläubigern der Handlung, so sah man darin anstatt einer selbständigen und allgemeineren juristischen Form, die mit dem Mandat als solchem nichts zu thun hat, nur eine Abweichung von den Grundsätzen über die Stellvertretung und suchte sie aus der eigenthümlichen Beschränkung des dem Verhältniß zu Grunde liegenden Mandats zu erklären[42]. Es rechtfertigt sich daher wohl die Warnung zur größten Strenge im Gebrauch der beiden Ausdrücke: Mandatar und Stellvertreter.

Ein zweiter Grund, der der obigen Verwechselung gewiß bedeutenden Vorschub geleistet hat, mag darin liegen, daß man sich über das praktische Bedürfniß einer doppelten Form des Abschlusses von Rechtsgeschäften durch eine Mittelsperson nicht ganz klar war. Wenn man will, ist die eine Form unvollkommener, minder wirksam, als die andere, denn durch den Stellvertreter erwirbt der Prinzipal sofort und ohne weiteren Uebertragungsakt, durch den Ersatzmann aber nur erst auf Grund eines Uebertragungsaktes. Nimmt man nun noch das historische Verhältniß dieser beiden Formen im römischen Recht hinzu, nämlich daß die unvollkommnere Form ursprünglich die einzige war, in der sich das Bedürfniß einer Stellvertretung durch freie, nicht der Gewalt unterworfene Personen befriedigen konnte, und daß erst in späterer Zeit zum Theil aus ihr heraus sich die vollkommnere Form der eigentlichen

---

42) So z. B. das bei Thöl, Handelsrecht Bd. I. § 42 Note 1 citirte Gutachten von Cropp.

I. Jahrg. Bd. I. Stellvertretung entwickelte, so wird der Irrthum, als ob die unvollkommnere Form neben der vollkommneren keinen rechten Sinn
S. 315. mehr habe, um so begreiflicher erscheinen müssen. Es wird daher nicht überflüssig sein, uns vor Allem von dem praktischen Interesse, der Brauchbarkeit, ja Unentbehrlichkeit dieser vermeintlich unvollkommneren Form zu überzeugen.

Ich werfe zuerst einen Blick auf das ältere römische Recht. Da ihm eine wahre Stellvertretung durch freie Personen unbekannt war, so konnte sich das Bedürfniß des Verkehrs nach Stellvertretung, insoweit im einzelnen Fall der directe Weg: durch Hauskinder und Sklaven verschlossen war, nur auf indirectem Wege durch den Ersatzmann befriedigen. Letzterer begründete das intendirte Rechtsverhältniß in seiner Person und übertrug hinterher auf den Mandanten, sei es das Recht selbst, wo dies möglich war (z. B. bei Besitz und Eigenthum), sei es die Ausübung desselben oder wenigstens die gewonnenen praktischen Resultate desselben, also z. B. bei einer Obligation die Klage, seitdem die Prozeßprocuratur und damit eine Cession zugelassen worden war, oder was er durch eigene Anstellung derselben erlangt hatte. Da, wo die Vornahme des Rechtsgeschäfts noch an besondere Voraussetzungen in der Person des Subjects gebunden war, z. B. Bestellung einer Servitut an das Vorhandensein des Eigenthums, Anstellung einer Klage an das des geltend zu machenden Rechts in der Person des Klägers, war die Benutzung dieses Umweges noch complicirter, denn hier kam zu der Uebertragung vom Ersatzmann auf den Mandanten noch die Begründung dieser Voraussetzungen in der Person des Ersatzmannes hinzu. Wollte man also z. B. durch ihn eine Prädial-Servitut bestellen oder erwerben lassen, so mußte man ihm das Grundstück mancipiren und es sich von ihm nach Vornahme des Akts zurückmancipiren lassen (fiducia cum amico) [43].

---

43) Gaj. II. § 60 nennt als Zweck dieser fiucia: quod tutius nostra res apud eum essent, allein für die ältere Zeit, wenn nicht für die von Gajus selbst, reichte der Zweck ungleich weiter.

Ebenso wenn man bei einer längeren Entfernung einem Freunde I. Jahrg. Bd. I.
den rechtlichen Schutz der Seinigen und des Vermögens zuweisen S. 316.
wollte, mußte man dies in der Weise vermitteln, daß man ihm juristisch die eigene Stelle einräumte, d. h. ihm fiduciae causa die manus an der Frau, die patria potestas oder das mancipium an den Kindern und das Eigenthum an dem Vermögen übertrug; formell trat jetzt der Freund in allen Prozessen, die diese Personen oder das Vermögen betrafen, vermöge eigenen Rechts auf, der Sache nach war er Stellvertreter. Die Acceptilation setzt Gläubigerschaft in der Person des Acceptilirenden voraus, die Vornahme derselben durch einen Andern erforderte daher erst Begründung dieses Requisits; letztere geschah in der Weise, daß die Mittelsperson die Forderung novirte und sodann vermöge des dadurch begründeten eigenen Rechts sie acceptilirte [44]. Bei gewissen Verhältnissen war aber die Begründung der Voraussetzungen in der Person eines Andern unmöglich, und hier fiel daher jene indirecte Art der Stellvertretung hinweg. So z. B. setzte die Antretung der Erbschaft Delation in der Person des Antretenden voraus, diese Voraussetzung ließ sich aber bei der testamentarischen Erbfolge nicht auf einen Andern übertragen.

Das neuere römische Recht ließ nun bekanntlich bis zu einem gewissen Grade eine Stellvertretung zu, namentlich rücksichtlich des Processes, des Besitz- und Eigenthumserwerbs und der Contracte. Ist nun dadurch der Umweg des früheren Rechts beseitigt, oder gab es ein praktisches Interesse, das auch jetzt noch die Wahl S. 317.
der unvollkommneren statt der vollkommneren Form rechtfertigen konnte? Ganz gewiß, ja dies Interesse existirt auch heutzutage in nicht vermindertem Maße, und wir können daher die Frage statt für die Vergangenheit für die Gegenwart beantworten.

Ich setze den Fall, der A will durch Vermittelung des X vom

---

44) l. 13 § 10 de acc. (46. 14). Wollte der Schuldner sich hierbei vertreten lassen, so mußte die Mittelsperson erst expromittiren und sich sodann acceptiliren lassen.

I. Jahrg. Bd. I. B ein Pferd kaufen, und zwar soll die Thätigkeit des X nicht die eines bloßen Boten sein, die hier nicht mehr zur Untersuchung steht, sondern eine juristische, also z. B. die Bestimmung des näheren Inhalts des Kaufcontracts (Preis; Stipulation wegen etwaiger Fehler u. s. w.) soll ganz dem Ermessen des X anheimgestellt sein. Bezweckt nun der A, daß der X als Stellvertreter den Contract abschließe, so muß letzterer auf seinen, des A Namen abgeschlossen werden; in diesem Fall erwirbt der B gegen den A die act. vend. quasi institoria, und seinerseits der A gegen ihn die act. emti utilis und durch Tradition der Sache an den X unmittelbar Besitz und Eigenthum. Soll aber X als Ersatzmann abschließen, d. h. nicht angeben, daß er für den A contrahire, so tritt von Alle dem, wie wir nachher zeigen werden, nichts ein, sondern der Contract wie die Tradition beschränken ihre Wirkungen auf den X, und es bedarf noch erst einer besondern Cession oder Tradition, um Klage, Besitz und Eigenthum von ihm auf den A zu transferiren. Wozu nun dieser Umweg? Wir können uns verschiedene Gründe denken. Ich nehme an, A darf erwarten, daß B ihm einen ungleich höheren Preis, als dem X abfordern wird, es muß also geheim gehalten werden, daß er der eigentliche Käufer ist. Namentlich kommt dies Vorschieben einer anderen Person aus einem ähnlichen Grunde sehr häufig bei öffentlichen Versteigerungen vor, wenn nämlich der eigentliche
S. 318. Käufer Grund zu der Besorgniß hat, daß die Interessenten ihm, wenn er selbst als Licitant aufträte, oder wenn sie nur erführen, für wen die vorgeschobene Person bietet, die Sache in die Höhe treiben würden. Ein anderes Motiv könnte darin bestehen: B sieht sich zur Veräußerung gewisser Gegenstände gezwungen, wünscht aber im Interesse seines Credits, daß dies nicht ruchbar werde, und bittet daher den X, die Sachen auf eigenen Namen zu verkaufen. Endlich denke man an den so häufig vorkommenden Fall, daß A dem X gar nicht bestimmt hat, von wem er kaufen soll, sondern ihn nur gebeten, ihm von der Reise gewisse Artikel mitzubringen.

Das Interesse des A kann aber nicht bloß darin bestehen, I. Jahrg. Bd. I.
daß sein Name verschwiegen und aus diesem Grunde der Vertrag auf den des X gestellt werde, kurz in der Form des Abschlusses, sondern ganz bestimmend können sowohl für ihn, wie für den X die materiellen Wirkungen sein, die an diese Form geknüpft sind, nämlich daß dieselben zunächst nur in der Person des Ersatzmannes eintreten. X hat z. B. für ein fremdes Handlungshaus bedeutende Ankäufe von Landesproducten übernommen und den Verlag der Auslagen selbst bestritten. Als Ersatzmann ist er Eigenthümer und hat mithin volle Sicherheit wegen seiner Auslagen; als Stellvertreter würde er nach römischem Recht das Eigenthum sofort dem A erworben haben und wegen seiner Auslagen auf ein Retentionsrecht beschränkt sein, bei dem Concurse des A hinge also seine Deckung ganz davon ab, welcher Ansicht der Richter über die Zulässigkeit der exc. retentionis im Concurse wäre. Gerade diese höhere Sicherheit, die der Ersatzmann vor dem Stellvertreter voraus hat, kann aber für die Annahme des Auftrags den Ausschlag geben, sowie umgekehrt auf Seiten des Mandanten der Umstand, daß er nur dem Ersatzmann, nicht aber der dritten Person obligirt wird. Die letztere Rücksicht ist, wenn auch nicht das einzige Motiv, so doch ein wesentliches S. 319.
Element zweier Formen der Societät: der Commanditen- und der Actiengesellschaft. Die Stellung des Complementars läßt sich mit einem Worte als die eines Ersatzmannes bezeichnen. Darin liegt zugleich die des Commanditisten ausgedrückt; er steht nämlich mit den Handlungsgläubigern in gar keinem Verhältniß, und dasselbe gilt von dem Actionär. Daß Beide bei einem Concurse von den Gläubigern auf Zahlung der schuldigen Einschüsse belangt werden können, steht nicht entgegen, denn die Gläubiger üben hier nur die Klage des Cridars aus, wie sie dies bei jedem Concurse und rücksichtlich aller Klagen desselben thun können.

Als fernere Gründe, die den A zur Wahl der Form des Ersatzmannes bestimmen können, nenne ich: A mag mit B in gar keine Berührung treten oder hat keine Aussicht von B Credit zu

I. Jahrg. Bd. I. erhalten, während B dem X creditiren wird, wohin auch der Fall der sog. tacita intercessio (l. 8 § 14, l. 29 pr. ad S. C. Vellej. 16. 1) gehört.

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß der Verkehr die Form des Contrahirens durch den Ersatzmann neben der des Contrahirens durch Stellvertreter gar nicht entbehren kann, daß es also nichts Zufälliges ist, wenn sich die erste auch nach dem Aufkommen der zweiten Form im römischen Recht erhalten hat. Aber ganz abgesehen von einem praktischen Bedürfniß nach einer solchen doppelten Form des Contrahirens durch Andere, so ist der Gegensatz selbst ein begrifflich nothwendiger, und wir würden ihn gar nicht umgehen können, selbst wenn unsere Quellen gänzlich von ihm schwiegen. Davon wollen wir uns jetzt überzeugen.

Die Wirksamkeit des durch einen Stellvertreter abgeschlossenen Geschäfts für den Prinzipal beruht nicht auf der bloß subjec-
S. 320. tiven Absicht des Stellvertreters, sondern auf der objectiven Richtung des Geschäfts auf den Prinzipal, auf dem Abschluß auf dessen Namen. Die Abweichung rücksichtlich der **Wirkung** wird also angedeutet, erklärt und gerechtfertigt durch eine Abweichung in der **Form des Abschlusses**; jene Eigenthümlichkeit ist also nicht etwas dem Geschäft selbst Fremdes, das sich erst von außen zu ihm hinzugesellte, aus Umständen entnommen werden müßte, die im Geschäft selbst nicht hervortreten, sondern sie ist etwas ihm von Anfang an Immanentes, durch seinen Inhalt und die Form seines Abschlusses Gewolltes und Gesetztes. Wie wenig die subjective Absicht des Stellvertreters das Entscheidende ist, geht aufs Unzweideutigste daraus hervor, daß bei einer Tradition an einen Stellvertreter die Absicht desselben, nicht für den Prinzipal, sondern für sich selbst zu erwerben, gegenüber der in der Tradition selbst **objectiv** enthaltenen Richtung derselben auf den Prinzipal gar nicht in Betracht kommt[45]).

Bei einem durch einen Ersatzmann abgeschlossenen Geschäft

---

45) l. 13 de donat. (39. 5).

aber würde die Zulassung einer unmittelbaren Wirkung desselben für den Prinzipal eine große Singularität enthalten. Denn der Ersatzmann contrahirt hier auf eigenen Namen, es müssen mithin auch die gewöhnlichen Wirkungen eines Contrahirens auf eigenen Namen eintreten, d. h. der Handelnde selbst muß ausschließlich berechtigt und verpflichtet werden. Und dies sollte dadurch ausgeschlossen werden, daß er die Absicht hat, für einen Andern zu contrahiren? Diese Absicht tritt äußerlich gar nicht hervor, und gesetzt auch, sie thäte es, diese Absicht wäre ja nichts als ein Motiv der Handlung, die Motive aber sind im Allgemeinen bekanntlich vollkommen gleichgültig. Wohin würde es führen, wenn man Handlungen, die in Absicht für einen Andern vorgenommen werden, eine unmittelbare Wirkung für Letzteren zugestehen wollte! X kauft bei dem B eine Sache, um sie dem A zu schenken; sollen dadurch B und A in ein juristisches Verhältniß gesetzt werden? A bestellt bei einem Sortimentsbuchhändler ein Buch, welches Letzterer vom Verleger zu beziehen hat, oder bei einem Schneider einen Rock, zu dem derselbe das Tuch von B nimmt. In beiden Fällen liegt das Motiv, warum X mit dem B contrahirt, in der Bestellung des A; sollten hier etwa A und B Klagen gegen einander haben? Man wende nicht ein, daß hier der A dem X keinen Auftrag gegeben, gerade mit dem B zu contrahiren, denn in dem letzteren Fall kann z. B. der A dem Schneider einen bestimmten Tuchhändler und eine bestimmte Sorte Tuch aufgegeben haben, ohne daß dies, wenn der Schneider das Tuch auf eignen Namen nehmen soll, das Mindeste an dem Verhältniß ändert. Ebensowenig kann es auch darauf ankommen, ob der X dem A ex mandato oder aus einem andern Grunde, wie z. B. im angegebenen Fall ex vendito zum Abschluß des Geschäfts mit dem B verpflichtet ist. Denn in beiden Fällen contrahirt der X mit dem B, weil er dem A dazu verpflichtet ist, und in beiden Fällen will der A mit dem B in keine Berührung kommen, denn sonst hätte er dem X Auftrag gegeben, als Stellvertreter für ihn zu handeln. Allein selbst das relevirt nichts, ob der X dem

I. Jahrg. Bd. I. — S. 321.

I. Jahrg. Bd. I. A zum Abschluß des Contracts mit B verpflichtet war oder nicht; denn eine solche Verpflichtung fehlt z. B. beim Vormund, negotiorum gestor, socius u. s. w., wenn sie für den A (den Mündel, dominus, socius) auf eignen Namen einen Contract abschließen, und doch wird wohl Niemand daran zweifeln, daß
S. 322. für sie in dem Fall ganz dasselbe gelten muß, wie für den Mandatar.

Auf Grund des Bisherigen werden wir zu der Behauptung berechtigt sein, daß, wenn das römische Recht der Handlung des Ersatzmannes directe Wirkungen für den Prinzipal beigelegt hätte, dies juristisch ebenso singulär, wie in legislativer Beziehung aus zwei Gründen verkehrt gewesen sein würde, einmal weil für die directe Wirkung die Form der Stellvertretung ja vollkommen ausreichte, und sodann weil man damit ohne allen Grund dem Willen der Parteien Zwang angethan und dem Verkehr eine Form des Contrahirens verschlossen hätte, die derselbe gar nicht entbehren kann [46]. Daß das römische Recht sich einen derartigen doppelten Mißgriff sollte haben zu Schulden kommen lassen, müßte schon von vornherein unglaublich erscheinen; es soll jetzt gezeigt werden, daß dies in der That keineswegs der Fall ist.

Unsere Quellen unterscheiden, was die Art des Contrahirens für einen Andern anbetrifft, ganz bestimmt das Contrahiren für einen Andern im eigenen Namen von dem auf fremden Namen (alieno nomine) [47]. Wer also für einen Andern handeln will, dem steht ein doppelter Weg offen, einmal der des Ersatzmannes und zwar dieser überall, und sodann der des Stellvertreters, dieser aber nur da, wo das spätere Recht ihn zugelassen hat. So

---

46) Diesen Grund macht mit Recht Thöl, Handelsr. B. 1 § 29 (Aufl. 3 S. 126 Note*) gegen die entgegenstehende Ansicht von Savigny, Oblig.-R. B. 2 S. 61—66 geltend.

47) l. 1 § 11 Depos. (16. 3) l. 13 de A. R. D. (41. 1) l. 1 § 20 de A. P. (41. 2), l. 2 quando ex facto (26. 9) . . in nomen suum. l. 8 Cod. de reiv. (3. 32) nomine suo. Siehe über die beiden letzten Stellen diese Jahrbücher Abh. II. S. 85 u. fl.

kann also zunächst der Mandatar in der einen oder andern I. Jahrg. Bd. I.
Weise handeln, jenachdem sein Auftrag darauf lautet. Der Auf- S. 323.
trag kann lauten: schließe in deinem, oder schließe in meinem Namen ab 48). Schließt er als Stellvertreter ab, wo der Auftrag auf Handeln als Ersatzmann ging, oder umgekehrt als Ersatzmann, wo er als Stellvertreter handeln sollte, so liegt in beiden Fällen keine Stellvertretung vor, im ersten Fall nicht, weil der Prinzipal sie nicht will, im zweiten, weil sein Wille nicht ausgeführt ist, die Handlung nicht objectiv als die eines Stellvertreters erscheint. Auftrag und Ausführung müssen sich also decken. Da die späteren Ausführungen uns Gelegenheit geben werden, die Quellenäußerungen über das Vorkommen unseres Unterschiedes beim Mandat zu berücksichtigen, so theile ich dieselben hier nicht weiter mit, vorläufig verweise ich auf die Stellen am Ende der vorigen Note.

Wie der Mandatar, kann aber auch jeder Andere, der ohne Auftrag für einen Andern handeln will, dies entweder als Ersatzmann oder, soweit dies überhaupt möglich, als Stellvertreter thun. So also z. B. der Vormund. Er kann kaufen und sich tradiren lassen nomine pupilli (l. 13 de A. R. D. cit.) oder suo nomine (l. 2 quando ex facto 26. 9); ebenso kann er, wenn er Mündelgelder ausleiht, das Darlehn auf eigenen Namen oder auf den des Mündels stellen (l. 16 de adm. 26. 7). Sti- S. 324.
puliren kann er allerdings nur im eignen Namen, da sich die Stipulation nicht auf fremden Namen stellen läßt 49) und ebenso verhielt es sich beim Eigenthumserwerb durch mancipatio und in

48) Nach Cicero Top. c. 10: si cui mandaris, debet fidem praestare, debet etiam procurator sollte man glauben, daß der Ausdruck procurator sich nur auf den Stellvertreter beziehe, der Ersatzmann hingegen als Mandatar bezeichnet werde, und auch unsere juristischen Quellen bedienen sich da, wo sie letzteren meinen, vorzugsweise dieses Ausdrucks, man vergleiche z. B. l. 59 de A. R. D. (41. 1) res ex mandatu meo empta mit l. 13 de donat. (39. 5) . . procuratori. l. 20 § 2 de A. R. D. u. a.

49) Gaj. III 103. § 3 J. de inut. stip. (3. 20).

I. Jahrg. Bd. I. jure cessio, allein hier ward ausnahmsweise dem Pupillen eine utilis actio gegeben[50]). Dasselbe gilt vom negotiorum gestor, der im Interesse des Geschäftsherrn einen Vertrag abschließt. Hat er ihn auf eigenen Namen gestellt, so haftet bloß er selbst und hat bloß er die Klage, im entgegengesetzten Fall aber wird dem Dritten auch eine Klage gegen den Herrn gegeben, vorausgesetzt daß er den Vertrag genehmigt hat, oder daß eine in rem versio erfolgt ist[51]). Ein Gleiches muß von den Verträgen eines socius gelten; rücksichtlich des Ersatzmannes wird dies in den Quellen ausdrücklich anerkannt[52]), rücksichtlich des Stellvertreters versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst[53]).

Es soll jetzt der Nachweis versucht werden, daß der Abschluß eines Rechtsgeschäfts durch den Ersatzmann für den Prinzipal keine directen Wirkungen begründet, und zwar betrachten wir

1) den Erwerb von Besitz und Eigenthum. Der S. 325. Gegensatz zwischen dem Stellvertreter und Ersatzmann ist für diese Frage aufs Unzweideutigste anerkannt, und anstatt zwischen der l. 59 de A. R. D. (41. 1) res ex mandatu meo empta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit und der l. 13 pr. ibid.: si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium i. e. proprietas acquiritur etiam ignoranti einen Widerspruch anzunehmen und ihn auf künstlichem Wege zu beseitigen[54]), hätte man umge-

50) l. 9 pr. de admin. (26. 7) l. 2 Cod. quando ex f. (5. 39).

51) l. 8 § 1 Cod. quod cum eo (4. 26). Das Nähere s. unten.

52) l. 74 pro socio (17. 2) . . quod emit, ipsius fit, non commune.

53) Auch bei der Zahlung eines Bürgen wird der Gegensatz erwähnt, namentlich bei der Zahlung einer Nichtschuld, l. 47 de cond. ind. (12. 6). Hiernach soll der Bürge die cond. ind. haben, si suo nomine solverit, der Schuldner hingegen, wenn derselbe nomine tuo solverit . . . nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur.

54) In der ersten Stelle soll von einer res mancipi die Rede gewesen sein und also statt tradiderit mancipaverit gestanden haben. Allein was wäre damit für das justinianische Recht gewonnen?

kehrt dadurch auf jenen Gegensatz selbst aufmerksam werden sollen. I. Jahrg. Bd. I.
Dies ist aber so wenig der Fall, daß die noch neuerdings von zwei namhaften Juristen [55]) verfochtene Ansicht, daß der Mandatar schlechthin für den Mandanten Besitz und Eigenthum erwerbe, bisher meines Wissens noch keine Widerlegung gefunden hat.

Die Stellen, deren man sich bisher für diese Frage bedient hat, sind außer den beiden angegebenen noch die l. 1 § 20 de A. P. (41. 2) und die l. 2 Cod. qui a non domino (7. 10), es ist mir jedoch gelungen, noch eine Reihe anderer ausfindig zu machen, die den hier zu beweisenden Satz, daß der Ersatzmann selbst Besitz und Eigenthum erwirbt, meiner Ansicht nach aufs Unzweideutigste darthun. Die Beweiskraft der folgenden Stellen wird für das justinianische Recht dadurch um nichts gemindert, daß in ihnen zum Theil ausdrücklich von einer res mancipi wie z. B. einem Grundstück oder Sklaven die Rede ist. Denn war rücksichtlich dieser Sachen immerhin der Erwerb des Eigenthums durch einen Stellvertreter ausgeschlossen, da derselbe nur durch S. 326.
die keine Stellvertretung zulassende mancipatio und in jure cessio erfolgen konnte, so war doch dasselbe nicht auch rücksichtlich des Besitzerwerbs der Fall, und doch wird wenigstens in einer Stelle der Ersatzmann geradezu als Besitzer bezeichnet, und sodann müssen ja jene Stellen vom Standpunct des justinianischen Rechts aus, das den Unterschied der res mancipi und nec mancipi nicht mehr kennt, auf den Eigenthumserwerb durch Tradition bezogen werden. In diesem für uns allein in Betracht kommenden dogmatischen Sinn beweisen die Stellen wenigstens die Möglichkeit, um zunächst das Mindeste zu sagen, daß der Mandatar, Vormund u. s. w. selbst Besitz und Eigenthum erwirbt. Außer der oben mitgetheilten l. 59 de A. R. D. kommen hier folgende Stellen in Betracht.

---

55) Puchta, De dominio rerum per procuratorem acquirendo (in seinen kleinen civil. Schriften S. 562 fl.) und von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts B. 1 S. 208 fl.

I. Jahrg. Bd. I. 1) Die l. 2 Cod. de his, qui a non (7. 10) Felicissima, quem mandante te servum emisse dicis, si dominium servi ad te nondum transtulerat etc.

Hiernach erscheint der Mandatar als Eigenthümer des im Auftrage des Prinzipals gekauften Sklaven, und das Eigenthum geht auf Letzteren erst durch ein »transferre« über.

2) Die l. 135 § 2 de V. O. (45. 1) theilt uns den Wortlaut eines dem Mandanten vom Mandatar ausgestellten Reverses mit: quod mandante eo (Titio) hortos emisset, cum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturum.

Auch hier ist der Kaufcontract im Auftrage des Prinzipals geschlossen und der Mandatar Eigenthümer geworden.

3) Die l. 13 § 2 de usurp. (41. 3): Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex causa traditum tibi diutina posses-
S. 327. sione capis, quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis.

Nach dieser Stelle erscheint der Mandatar als Usucapionsbesitzer, daraus geht also wieder hervor, daß er, wenn der Tradent das Eigenthum gehabt hätte, Eigenthümer geworden wäre. Es ist die Stelle, die ich im Sinn hatte bei der obigen Bemerkung, daß der Nichterwerb des Eigenthums für den Mandanten nicht lediglich mit der Ausschließung der Stellvertretung bei der mancipatio und in jure cessio zusammenhänge. Den Besitz hätte der Mandatar im vorliegenden Fall immerhin dem Mandanten erwerben können, denn für den Besitz war der Unterschied zwischen res mancipi und nec mancipi vollkommen einflußlos, nichtsdestoweniger wird der Usucapionsbesitz ihm selbst zugesprochen, zum besten Beweise, daß der Mandatar nicht schlechthin dem Mandanten den Besitz erwirbt.

4) Dieselbe Bemerkung gilt von der l. 7 § 2 pro emtore (41. 4): Servus meus Titio mandavit, ut fundum ei emeret eique manumisso Titius possessionem tradidit etc.

Der Titius ist hier Besitzer geworden, und es bedarf erst I. Jahrg. Bd. I.
einer Tradition von ihm an seinen Mandanten, um den Besitz auf denselben zu übertragen. Die Stelle gibt übrigens zugleich ein Beispiel für die obige Behauptung, daß dem Mandanten unter Umständen der Abschluß durch einen Ersatzmann wünschenswerther sein konnte, als der durch einen Stellvertreter. Denn hätte der Titius hier als Stellvertreter handeln sollen, so würde der Herr seines Mandanten den Besitz des Grundstücks erlangt haben, das war aber gerade das, was hier vermieden werden sollte.

5) Genügte die bloße Absicht des Ersatzmannes, um dem Prinzipal Besitz und Eigenthum zu verschaffen, so müßte dies auch S. 328.
rücksichtlich eines Gesellschafters der Fall sein, d. h. es müßte der Erwerb von Besitz und Eigenthum für die Societät ohne Rücksicht auf die Form des Erwerbungsaktes den übrigen Gesellschaftern nach Maßgabe ihres Antheils unmittelbar zu Gute kommen. Allein auch hier bedarf es erst eines eigenen Uebertragungsaktes.

l. 74 pro socio (17. 2): Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune, sed societatis judicio cogitur rem communicare.

Die Möglichkeit eines unmittelbaren Erwerbs für den Fall, daß der Gesellschafter als Stellvertreter handelt, hat der Jurist damit aber nicht ausschließen wollen; er dachte nur an den Fall, wenn er als Ersatzmann handelte.

6) Zur Bestätigung unserer Ansicht dienen auch die bereits in der Abh. II. dieser Zeitschrift S. 85 u. fl. u. S. 90 u. fl. besprochenen l. 8 Cod. de reiv. (3. 32) und l. 2 quando ex facto (26. 9).

Im Fall der ersten Stelle hatte, wie dort nachzuweisen versucht ist, der Mandatar oder negot. gest. eines Soldaten, im zweiten der Vormund als Ersatzmann eine Sache gekauft und mit dem Gelde des Soldaten und Mündels bezahlt. Daß hier nicht der Soldat und Mündel, sondern der Ersatzmann Eigenthümer geworden ist, ergibt sich daraus, daß den letztern Personen nur eine reiv. utilis gegeben wird. Wären sie selbst Eigen-

I. Jahrg. Bd. I. thümer geworden, so hätten sie eine reiv. directa und mithin die privilegirte Klage, die ihnen hier statt einer actio in pers. eingeräumt wird, um die Tradition zu erzwingen, nicht nöthig gehabt.

7) Die l. 1 § 20 de A. P. (41. 2): Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non
S. 329. cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, nobis non possunt acquirere.

In dieser Stelle ist meiner Ansicht nach der Gegensatz des Besitzerwerbs eines Stellvertreters und Ersatzmannes unverkennbar ausgesprochen. Jene Personen, heißt es, sollen für sich selbst erwerben, wenn sie suo nomine possessionem nacti fuerint, für uns aber, wenn sie cum ea mente, ut operam duntaxat suam accommodarent, gehandelt haben. Was heißt hier nun suo nomine? Versteht man darunter, wie man es gethan hat: für sich, so würde der Jurist gesagt haben: nicht Alles, was Personen, die nebenbei Vormünder und Stellvertreter sind, erwerben, fällt ihren Mündeln zu. Das wäre doch eine wahre Abgeschmacktheit! Er kann also unter suo nomine nur: auf ihren Namen verstanden haben, und dann ist also der Sinn der: jene Personen erwerben für ihre Mündel und Prinzipale nur dann, wenn sie ihnen die Mühe der eigenen Apprehension haben abnehmen wollen (ut operam suam accommodarent), nicht aber, wenn sie zwar für sie, aber nicht in ihrem Namen Besitz ergriffen haben, dann ist also noch ein eigener Uebertragungsakt nöthig.

Daß in der That das suo und alieno nomine Stellung des Geschäfts auf eigenen und fremden Namen bedeutet, zeigt auch die oben abgedruckte l. 13 de A. R. D. (41. 1). Wozu nämlich sollte der Jurist, nachdem er berichtet, daß der Procurator in meinem Auftrage mir eine Sache gekauft habe, bei Erwähnung der Tradition noch das meo nomine hinzufügen, wenn damit bloß die Absicht des Procurators, für mich zu handeln, ausgedrückt werden sollte? Der unverkennbare Nachdruck, der hier auf dem meo nomine ruht, beweist, daß damit nicht etwas sich völlig

von selbst Verstehendes gesagt, sondern ein besonderes Erforder- I. Jahrg. Bd. I.
niß der Tradition hat ausgesprochen werden sollen. S. 330.

Das Verhältniß der Stellen, welche den Besitz und Eigenthumserwerb durch eine Mittelsperson behandeln, ist nun das, daß diejenigen, denen zufolge der Prinzipal Besitzer und Eigenthümer wird, ausdrücklich den Zusatz machen, die Tradition sei in seinem Namen erfolgt [56], daß hingegen von denjenigen, denen zufolge es die Mittelsperson wird, keine einzige diesen Zusatz enthält. Damit ist aber der Schlüssel zur Vereinigung dieser Stellen gegeben; die Einen sprechen vom Besitzerwerb eines Stellvertreters, die Andern von dem eines Ersatzmannes.

Wir hätten demnach das Resultat gewonnen: durch eine Tradition an eine Mittelsperson erwirbt der Prinzipal nur dann Besitz und Eigenthum, wenn dieselbe als Stellvertreter, nicht aber wenn sie als Ersatzmann gehandelt hat. Wir wollen an diesen Satz noch einige Bemerkungen knüpfen.

Was zunächst die Stellung der Tradition auf Namen des Prinzipals betrifft, so braucht dieselbe keine ausdrückliche zu sein, sie kann also vorhanden sein, wo der Name des Prinzipals von Seiten des Tradenten sowohl wie des Empfängers gar nicht genannt wird, z. B. wenn der Postbote einen an die Herrschaft adressirten Brief dem Dienstmädchen einhändigt, wenn der Verkäufer dem Stellvertreter, der im Namen des Prinzipals gekauft hat, tradirt, ohne dabei zu bemerken, daß er es im Namen des Prinzipals thue. Die Beziehung der Tradition auf den Prinzipal ist hier von beiden Parteien in dem Maße gewollt und beabsichtigt, daß sie es gar nicht einmal für nöthig gehalten haben, darüber S. 331.
noch ein Wort zu verlieren.

Ja, der Name thut so wenig zur Sache, daß er dem andern Theil gar nicht bekannt zu sein braucht. Kann man direct an eine

56) Außer den angegebenen s. noch l. 47 de usucap. (41. 3). Si emptam rem mihi procurator ignorante me meo nomine apprehenderit, qamvis possideam etc.

I. Jahrg. Bd. I. persona incerta tradiren, so kann man es auch durch Vermittlung eines Stellvertreters an eine subjectiv unbekannte Person. Selbst die Stellung des Kaufinstruments auf Namen der Mittelsperson würde nichts releviren, wenn sie bloß zum Zweck der Simulation geschähe, die Parteien also darüber einig wären, daß der Prinzipal Eigenthümer werden solle [57]). Umgekehrt aber gewinnt ein von einem Ersatzmann abgeschlossener Contract und darauf hin ergriffener Besitz nicht schon dadurch den Charakter der Handlung eines Stellvertreters, daß der andere Theil weiß, für wen der Ersatzmann handelt, oder daß gar Letzterer selbst ihn davon in Kenntniß setzt, wie z. B. wenn A auf einer Bücherversteigerung ein seltenes Buch ersteht und dabei bemerkt, es werde dies den B, für den er es habe acquiriren sollen, sehr glücklich machen. Es ist dies eine bloße Kenntniß des den andern Theil zur Handlung bestimmenden Motivs, eine solche Kenntniß ist aber völlig gleichgültig.

Der gewonnene Rechtssatz, daß der Ersatzmann Besitz und Eigenthum erwirbt, verdankt seinen Ursprung zwar nicht irgend welchen praktischen Zwecken und Rücksichten, sondern lediglich der juristischen Nothwendigkeit, allein er hat die Kritik vom Standpunkt praktischer Brauchbarkeit aus keineswegs zu scheuen, und ich glaube, gerade von diesem Standpunkte aus wird man alle Ursache haben, der von mir verfochtenen Ansicht eine bereitwillige
S. 332. Aufnahme zu gewähren. An der entgegengesetzten Ansicht habe ich in dieser Beziehung zweierlei auszusetzen. Erstens nämlich, daß sie die Frage, wer durch eine Tradition Eigenthümer geworden ist, im höchsten Grade zweifelhaft macht. Ein Fremder X zieht nach einem Ort und kauft hier von B ein Haus nebst Ländereien und trägt die Kaufsumme ab. Der B wie die ganze Stadt wird und muß den X für den Eigenthümer halten, und Letzterer genießt in Folge dessen einen dem entsprechenden Credit. Nach Jahren macht X Bankerott, und jetzt tritt ein Auswärtiger, der A

---

57) l. 5, l. 6 Cod. si quis alt. (4. 50).

auf und beweist, daß er dem X Auftrag gegeben, das Haus unter der Hand zu kaufen, da er selbst nach dem Ort habe ziehen wollen, daß er aber später, weil sich dies zerschlagen, dem X das Haus vermiethet habe. Nach der jenseitigen Ansicht würde hier der A das Haus vindiciren können. Wo bleibt die Sicherheit des Eigenthums, wenn so etwas möglich sein soll, wenn eine Beredung zwischen dem wirklichen Contrahenten und einer dem Geschäft völlig fremden Person im Stande ist, der Tradition eine völlig andere Richtung zu geben, als sichtbar und äußerlich in ihr hervortritt. Bei dem Erwerb durch Stellvertreter ist eine solche Gefahr nicht vorhanden, denn hier bildet jene Beziehung des Geschäfts auf eine nicht bei dem Traditionsakte anwesende Person ein Moment des Geschäfts selbst. Sodann habe ich zweitens an jener Ansicht auszusetzen, daß sie den Prinzipal auf Kosten der Mittelsperson in einer Weise bevorzugt, die eben die Mittelsperson selbst abhalten könnte, sich der ihr zugemutheten Geschäftsführung zu unterziehen. Ich will annehmen, der X hat als neg. gest. für den A, aber auf eigenen Namen eine Sache gekauft und aus eignem Gelde bezahlt, von der er weiß, daß A sie schon lange gesucht hat. Er meldet ihm dies, und A genehmigt den Kauf. Nach der von mir vertheidigten Ansicht würde X, da er nach außen hin als Ersatzmann gehandelt, Eigenthümer geworden und es auch jetzt geblieben sein, da die Ratihabition die Sache nicht anders stellen würde, als wenn er von Anfang an Mandatar gewesen wäre[58]. X wäre also rücksichtlich des Ersatzes seiner Auslagen völlig gedeckt. Nach der entgegengesetzten Ansicht ist er rücksichtlich dieses Anspruchs auf

I. Jahrg. Bd. I.
S. 333.

58) Nur dann also gibt die Ratihabition des vom neg. gest. gemachten Erwerbes dem Geschäftsherrn Besitz und Eigenthum (und zwar, was aber nicht hierher gehört, rückwärts), wenn die Erwerbshandlung von ihm als Stellvertreter vorgenommen, d. h. auf den Namen des Herrn gestellt war, im entgegengesetzten Fall begründet sie nur die act. neg. gestor. directa auf Tradition. Unmöglich kann die der Handlung folgende Ratihabition einer neg. gest. den Prinzipal besser stellen, als das der Handlung vorausgehende Mandat. Auch beim neg. gest. also hängt Alles davon ab, ob er als Stellvertreter oder Ersatzmann gehandelt hat.

I. Jahrg. Bd. I. die zweifelhafte exc. retentionis angewiesen. Für den Verkehr ist aber die Möglichkeit einer solchen Deckung von großer Wichtigkeit, und der oben aus der l. 135 § 2 de V. O. (45. 1) mitgetheilte Revers, in dem der Mandatar Auslieferung der Sache nach Ersatz seiner Auslagen verspricht, gibt uns einen Beleg dafür aus dem römischen Leben. Wie oft hat der Mandatar selbst die Auslagen zu bestreiten; wie motivirt und zugleich dem Interesse des Mandanten entsprechend ist es hier, den Entschluß des Mandatars zur Uebernahme des Auftrags dadurch zu fördern, daß ihm selber das Eigenthum zugewiesen wird!

Der von uns gefundene Satz beschränkt sich auf die Tradition. Wie verhält es sich nun mit andern Eigenthumserwerbungsarten, z. B. der Occupation und Spezification? Ist der Unterschied zwischen Ersatzmann und Stellvertreter auch bei ihnen möglich und durchführbar? Von einer Stellung des Erwerbungs-
S. 334. aktes auf Namen des Prinzipals kann hier keine Rede sein, wenn also dennoch von einer Vornahme desselben auf Namen eines Andern die Rede ist[59]), so läßt sich dies nicht aus der Handlung selbst entnehmen, — oder sollte der Stellvertreter dabei den Namen des Prinzipals nennen?! — sondern diese Handlung kann ihren rechtlichen Charakter nur von dem Verhältniß ableiten, in dem die Mittelsperson zum Prinzipal steht[60]). Dasselbe muß gerichtet sein auf Vornahme dieser Dienstleistung für den Prinzipal: ut operam suam nobis accommodarent. Hierin und nur hierin kann die objective und äußerlich erkennbare Richtung des Erwerbsaktes auf den Prinzipal, die wir oben als Requisit einer jeden Stellvertretung bezeichnet haben, gefunden werden. Eine abweichende subjective Absicht des Stellvertreters kann die-

59) l. 25 de A. R. D. (41. 1) ... ejus fit, cujus nomine facta est, ebenso l. 27 § 1 ibid., und § 2: ejus, cujus nomine ferruminata est., l. 31 § 1 de don. i. V. (24. 1) si suo nomine ... si viri nomine ... vestimenta confecit. S. oben S. 135.

60) l. 6 de donat (39. 5) ... plane si mercenarius meus exemit, mihi exemit.

sem objectiven Moment gegenüber so wenig in Betracht kommen, I. Jahrg. Bd. I.
wie gegenüber demselben Moment (d. h. der Erklärung des Tradenten, daß er dem X für den A tradire) bei der Tradition. Wenn also mein Jäger, durch den ich mir auf meiner Jagd das nöthige Wild schießen lasse, auch die Absicht hatte, für sich zu erwerben und diese Absicht beim Occupationsakt einem Anwesenden erklärte, so erwirbt er nichtsdestoweniger doch für mich. Ebenso wenn ich durch meine Leute eine Spezification, z. B. das Keltern des Weins vornehmen lasse. Daraus folgt denn, daß bei dem Vorhandensein eines solchen Verhältnisses zwischen Prinzipal und Mittelsperson Letztere mit Nothwendigkeit Stellvertreter ist, daß hier also von einem Unterschiede zwischen Ersatzmann und S. 335.
Stellvertreter nicht die Rede sein kann. Nur da könnte man etwa von dem Spezificiren und Occupiren eines Ersatzmannes sprechen, wo Letzterer diese Handlungen insofern für einen Andern vornimmt, als er sich verpflichtet hat, Letzterem das Product seiner Thätigkeit zu überlassen, z. B. der Weinproducent hat mir ein Stückfaß Wein von der nächsten Ernte verkauft, ein Jäger sich anheischig gemacht, mir ein Reh zu liefern. Hier ist die Rücksicht auf mich das Motiv, warum er spezificirt, occupirt, allein er selbst wird Eigenthümer, denn mein Anspruch ging bloß auf Leistung des Objects, nicht auf Vornahme der zu dem Zweck erforderlichen Thätigkeit.

Wir betrachten jetzt

2) die obligatorischen Wirkungen des durch den Ersatzmann abgeschlossenen Geschäfts, und zwar soll zunächst nachgewiesen werden, daß er allein verpflichtet, sodann daß er allein berechtigt wird.

Der erste Grundsatz ist in l. 13 Cod. si cert. pet. (4. 2) ausdrücklich anerkannt:

> Eum, qui mutuam sumsit pecuniam licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

I. Jahrg. Bd. I. Der Ersatzmann kann kaum bestimmter bezeichnet werden, als es hier geschieht; denn es wird zunächst das positive Moment: die Absicht für den Prinzipal zu handeln (licet in res alienas) hervorgehoben und sodann das negative: daß die Beziehung des Geschäfts zum Prinzipal nicht im Geschäft selbst hervorgetreten sei (creditore non contemplatione domini dante). Der Ausdruck: principaliter obligatum könnte dem Gedanken an eine accessorische Verpflichtung des Prinzipals
S. 336. Raum geben, allein aus andern Stellen geht hervor, daß wir diesen Gedanken zurückzuweisen und principaliter obligatum also nicht durch: in erster Linie verpflichtet, sondern durch: eigentliches Subject der Obligation zu übersetzen haben.

l. 4 Cod. si tutor (2. 25): Si creditor non vestram personam, sed curatorum secutus cum ipsis contractum habuit et ab ipsis stipulatus est, nullam ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est.

Offenbar handelte es sich hier um ein Geschäft, welches das Interesse der Mündel betraf, denn es wird ja für den Gläubiger die Möglichkeit einer Wahl zwischen den Mündeln und den Vormündern unterstellt. Der Gläubiger wußte also, daß letztere hier für die Mündel handelten, allein dies Wissen des andern Theils macht, wie oben bemerkt, den Ersatzmann noch nicht zu einem Stellvertreter. Die objective Stellung des Geschäfts auf den Namen des Prinzipals war aber bei der Stipulation sowohl activ als passiv ausgeschlossen, die Vormünder konnten mithin, wenn sie überall die Obligation abschließen wollten, dies nur in eigenem Namen, d. h. als Ersatzmänner thun.

Daß nun gegen die Mündel aus ihrem Contract keine Klage gegeben werden solle, ist in dieser Stelle ausdrücklich gesagt; darin liegt aber zugleich, daß die Vormünder schlechthin haften, was übrigens auch in andern Stellen, z. B. l. 39 § 4 de adm. et per. (26. 7) anerkannt wird. In einem besondern Fall gestand Paulus dem Vormund eine exceptio zu. Ein Vormund hatte für seine Curandin eine Dos von einem Betrage verspro-

chen, der das Vermögen derselben überschritt. Die Worte lauteten, wie bei jeder Stipulation, auf den Promittenten selbst, allein anstatt daß Letzterer sich hätte anheischig machen sollen, die Dos aus dem Vermögen der Curandin zu entrichten, soweit dasselbe ausreichte, hatte er sie schlechthin versprochen. Der Strenge nach mußte er haften, allein Paulus gibt ihm in der l. 43 § 1 de adm. et per. (26. 7) eine exceptio, und gewiß mit vollem Recht, da hier aus den Umständen klar hervorging, daß er nicht selbst die Verpflichtung zur Entrichtung einer Dos hatte übernehmen wollen, sondern nur rücksichtlich der Fassung der Stipulationsformel nicht die nöthige Vorsicht angewandt hatte. Der Sache nach wollte er Stellvertreter sein, der Form nach hatte er als Ersatzmann gehandelt.

I. Jahrg. Bd. I.
S. 337.

Einen ähnlichen Fall hat Papinian in der l. 5 § 1 quando ex facto (26. 9):

> Tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli condemnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat.

Auch hier war es klar, daß der Tutor in seiner Qualität als Vormund, d. h. als Stellvertreter die Zahlung übernommen hatte. Papinian fügt zum Unterschiede dann den Fall hinzu, wo der Tutor als Ersatzmann gehandelt hatte:

> Non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit et judicatum pro pupillo fecit.

Für die im Bisherigen nachgewiesene ausschließliche Verpflichtung des Ersatzmannes macht es nichts aus, ob er vermöge seiner Stellung, wie z. B. der Vormund oder Institor, oder vermöge eines Auftrags des Prinzipals befugt gewesen wäre, den Contract auf dessen Namen zu stellen, denn es handelt sich nicht darum, was er hätte thun können, sondern was er gethan hat.

Ein Klagrecht des dritten Contrahenten gegen den Prinzipal könnte man nur auf folgende drei Gründe stützen:

1) auf die Ausdehnung der act. institoria im spätern Recht. Allein wenn schon die act. institoria aus den Verträgen eines

I. Jahrg. Bd. I. wirklichen Institor nur unter der Voraussetzung gegeben wird,
S. 338. daß der Institor als Institor, d. h. mit Bezugnahme auf den Prinzipal oder das Geschäft contrahirt hat, im entgegengesetzten Fall aber, wenn der Institor als Ersatzmann contrahirt hat, er allein haftet[61]), so muß dasselbe um so eher oder wenigstens nicht minder auch bei der act. quasi institoria gelten, wenn auch die Stellen, welche dieselbe behandeln, jener Voraussetzung nicht ausdrücklich gedenken[62]).

Sodann könnte man

2) dem dritten Contrahenten die Klage des Ersatzmannes gegen den Prinzipal als utilis actio geben, insofern ihm nämlich ein Anspruch auf Cession dieser Klage zustände[63]). Allein diese letztere Idee muß entschieden zurückgewiesen werden, denn der Dritte kann von seinem Contrahenten stets nur Erfüllung des Contracts, nicht aber Cession einer Klage verlangen. Non enim, wie es in l. 21 de her. vend. (18. 4) heißt, actiones ei, sed rem praestare debeo. So wenig, wie sein Schuldner, statt selbst zu zahlen, ihn an einen Andern weisen, ihm eine actio statt der schuldigen res aufdringen kann, ebensowenig kann der Gläubiger umgekehrt statt der res die actio verlangen[64]). Und sodann angenommen, er könnte es, was würde dem Gläubiger die Klage nützen, wenn der Ersatzmann sich dem Mandanten gegenüber an-
S. 339. heischig gemacht hätte, selbst den Gläubiger zu befriedigen, z. B. den Kaufpreis zu entrichten? Hier würde der Mandatar in eigener Person die Klage erst haben, wenn er gezahlt hätte, unmöglich

61) l. 1 § 9 de exerc. act. (15. 1). Thöl, Handelsr. Bd. 1. § 25, 29 (Aufl. 3 S. 104 u. 122).

62) l. 16, 19 pr. de instit. (14. 3) l. 13 § 25 de act. emti (19. 1). Dagegen hebt die l. 10 § 5 Mand. (17. 1) das Requisit ausdrücklich hervor: qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat etc.

63) S. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2 S. 62.

64) Ich habe diesen Grundsatz in meinen Abhandlungen aus dem röm. Recht, Leipzig 1844. S. 31 u. fl. des Weiteren begründet.

aber könnte doch die Klage in der Person des Cessionars von dieser I. Jahrg. Bd. I.
Voraussetzung entbunden sein.

Es bleibt endlich

3) als letzter Grund noch übrig der Gesichtspunkt der in rem versio, und namentlich dieser Gesichtspunkt ist hier nicht selten selbst von Solchen, die im Uebrigen der richtigen Theorie huldigen[65], zur Anwendung gebracht. Allein mit Unrecht. Die Gestalt der in rem versio bei hausunterthänigen Personen kann hier natürlich nicht maßgebend sein. Wenn ein Sklave im eigenen Interesse, d. h. für sein peculium contrahirt und hinterher das Erhaltene zum Nutzen seines Herrn verwendet, so findet die act. de in rem verso gegen Letzteren nicht minder statt, als wenn der Sklave von vornherein im Interesse des Herrn das Geschäft abgeschlossen hatte[66]. Da die hausunterthänigen Personen nichts Eigenes haben konnten, so war bei ihnen eine solche Gestaltung dieser Klage durchaus motivirt. Ganz anders bei freien Contrahenten, deren Contract späterhin einer dritten Person zu Gute kömmt[67]. Wohin würde es führen, wenn man hier dem Gläu- S. 340.
biger eine Klage gegen den Schuldner seines Schuldners, z. B. dem Verkäufer eine Klage gegen den zweiten Käufer geben wollte! Darüber herrscht denn auch heutzutage[68] nicht der geringste Zweifel; die Voraussetzungen der act. de in rem verso sind bei freien Vertretern ungleich enger, als bei hausunterthänigen.

---

65) Wie z. B. Thöl a. a. O. § 27 a. E. (Aufl. 3 S. 116, 117) und § 37 Anm. 19 (S. 163).

66) Von jenem Fall handelt l. 3 § 1 und l. 5 § 3 de in rem vers. (15. 3) von diesem l. 3 § 9 und l. 5 § 3 ibid. S. Brinz, Kritische Blätter N. II. S. 16.

67) l. 13, l. 15 Cod. si cert. (4. 2). Non adversus te creditores, qui mutuam sumsisti pecuniam, sed ejus, cui hanc credideras, heredes experiri, contra juris formam evidenter postulas. l. 49 de cond. ind. (12. 6). His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit.

68) Ueber den Mißbrauch, den man früher mit dieser Klage getrieben, s. Kämmerer in der Zeitschr. für Civilr. Bd. VIII. S. 354.

I. Jahrg. Bd. I. Allein ich glaube, daß man sie immer noch viel zu weit faßt, und zwar, um es mit einem Worte zu bezeichnen, daß man die Klage nicht bloß aus der Version eines Stellvertreters zugesteht, was ich für das allein richtige halte, sondern auch aus der eines Ersatzmannes.

Eine Verpflichtung des Geschäftsherrn gegenüber dem neg. gestor erkennt das römische Recht in zwei Fällen an, einmal im Fall der Ratihabition, zweitens im Fall der nutzbaren Verwendung (utiliter gestum) [69]. Letztere begründet, wie es in der citirten Stelle heißt, die Nothwendigkeit der Ratihabition, oder richtiger sie macht letztere überflüssig. Dieselben Momente kehren nun wieder für das Verhältniß des Herrn zu dritten Personen, aber nur, wenn der Contract des Geschäftsführers überall dazu geeignet war, beide in Verbindung zu bringen, d. h. wenn er auf Namen des Prinzipals abgeschlossen war. Wird der Mandant durch den Contract des Mandatars, wenn der Auftrag auf Handeln als Ersatzmann lautete, dem Dritten nicht verpflichtet, so ist nicht abzusehen, wie die Genehmigung eines vom neg. gest. als Ersatzmann abgeschlossenen Contracts eine solche S. 341. Wirkung hervorbringen sollte, da die Ratihabition doch nur den Mangel eines vorausgehenden Auftrags ersetzt, die Wirkung derselben also keine andere sein kann, als wenn das Geschäft in Folge eines Mandats in dieser Weise abgeschlossen worden war. Dieselben Gründe, die Jemanden veranlassen, ein Geschäft statt durch einen Stellvertreter durch einen Ersatzmann vornehmen zu lassen, können es ihm wünschenswerth machen, auch im Fall der neg. gest. mit dem Dritten in keine Berührung zu kommen, und es ließe sich nicht begreifen, warum das Recht in dieser Beziehung der Autonomie Zwang anthun und der Ratihabition eine Ausdehnung geben sollte, die von dem Geschäftsherrn nicht beabsichtigt war.

---

69) l. 9 de neg. gest. (3. 5) ... quemadmodum quod utiliter gestum est, necesse est apud judicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. Chambon, Die negot. gest. § 6 und 7.

Dasselbe muß auch von dem Moment des utiliter gestum gelten, welches hier den *Namen* der versio in rem annimmt. Ersetzt dasselbe nichts als die Ratihabition, und letztere wiederum das Mandat, so kann die versio in rem dem Dritten nur dann eine Klage gegen den Geschäftsherrn geben, wenn das Geschäft von vornherein auf dessen Namen gestellt war. Nimmt man das Gegentheil an, so gelangt man zu dem widersinnigen Resultat, daß der Prinzipal dem Dritten haftet, wenn das Geschäft eines *ohne* Auftrag handelnden, nicht aber wenn das eines *mit* Auftrag handelnden Ersatzmannes ihm zum Nutzen gereicht hat. I. Jahrg. Bd. I.

Fragen wir nun, wie unsere Quellen sich zu dieser Ansicht verhalten, so erscheint es mir schon als ausreichend, wenn sie derselben nur nicht widersprechen, da die Ansicht selbst sich aus sonstigen Grundsätzen mit innerer Nothwendigkeit ergibt, und ich würde es daher nicht als einen Gegengrund gegen meine Ansicht gelten lassen, wenn dieselbe nirgends ausdrücklich anerkannt wäre.

Eine in rem versio, die hier in Betracht kommen könnte, wird in den Quellen bei folgenden Gelegenheiten erwähnt.

Erstens bei dem Darlehn an eine städtische Gemeinde in S. 342.
der l. 27 de reb. cred. (12. 1).

Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem ejus pecuniae versae sunt, alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.

Daß das Darlehn in diesem Fall im *Namen* der Stadt aufgenommen ist, wird schwerlich Jemand bestreiten. Die contrahirenden Beamten treten hier also als Stellvertreter auf, und die Singularität würde mithin darin bestehen, daß, während bei natürlichen Personen schon der bloße *Auftrag* des Prinzipals an den Stellvertreter genügt, um dem Darleiher eine Klage gegen den Prinzipal zu verschaffen[70]), bei einer Stadt noch eine Version erfordert wird.

---

70) Als Klage wird gegeben einmal die act. quasi instit. l. 10 § 5 mand. (17. 1) und sodann die act. neg. gest. (der Darleiher gerirt die ne-

I. Jahrg. Bd. I. Zweitens bei Gelegenheit von Zahlungen an Vormünder, die dem Wortlaut der Verfügung nach an die Mündel hätten erfolgen müssen.

l. 95 § 7 de solut. (46. 3) ... conditionis implendae causa recte pecunia tutori vel curatori datur ... si pecunia in rem vel pupilli vel furiosi versa est.

Daß hier abermals eine Zahlung im Namen des Prinzipals vorausgesetzt wird, bedarf ebensowenig der Bemerkung.

Drittens bei der Klage des dritten Contrahenten gegen den Geschäftsherrn aus den Contracten des neg. gest.

l. 7 § 1 Cod. quod cum eo (4. 26).

S. 343. Alioquin si cum libero res ejus agente cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.

Es handelte sich in dem Fall der Stelle um die Verpflichtung Jemandes durch die Aufnahme eines Darlehns für ihn von Seiten einer Mittelsperson, und zwar unterscheidet das Rescript zwischen dem Fall, wenn die Mittelsperson Sklave desselben, und wenn sie ein Freier war. Von dem ersten Fall spricht das pr., von dem zweiten der vorliegende § 1 der Stelle. Die Mittelsperson wird im letzteren Fall als Geschäftsführer (res ejus agens) bezeichnet, und zwar geht aus der Erwähnung der Ratihabition des Geschäftsherrn (dominus) hervor, daß der Geschäftsführer keinen Auftrag hatte, also neg. gestor war[71]). Daß derselbe nun nicht als Ersatzmann, sondern als Stellvertreter contrahirt hatte, möchte sich aus den Worten: ejus personam elegisti mit Sicherheit entnehmen lassen. Denn diese Worte setzen voraus, daß der Darleiher statt des Geschäftsführers den Geschäftsherrn hätte wählen

---

gotia des Prinzipals, indem er dem Stellvertreter desselben auf dessen Namen leiht) l. 6 § 1, l. 31 pr. de neg. gest. (3. 5).

71) Darüber ist man heutzutage auch allgemein einverstanden. Chambon, a. a. O. S. 194.

können [72]), daß mithin die Beziehung des Geschäfts auf Letzteren I. Jahrg. Bd. I.
angegeben war. Ob sie im Geschäft selbst formell hervortrat, lasse ich dahingestellt. Hätte nämlich der Darleiher sich die Rückgabe des Darlehns durch **Stipulation** versprechen lassen, so war eine formelle Stellung des Geschäfts auf Namen des Prinzi- S. 344.
pals ausgeschlossen, allein man konnte hier ähnlich wie beim Vormund (S. 177) und Mandatar (l. 10 § 5 Mandati 17. 1) von einer solchen formellen Richtung des Contracts auf den Prinzipal abstrahiren, da materiell die ausschließliche Bestimmung des Geschäfts für letztern unter den Parteien völlig fest stand.

Viertens bei der Klage eines Societätsgläubigers gegen den Gesellschafter seines Contrahenten. l. 82 pro socio (17. 2).

> Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

In dieser Stelle findet sich allerdings nicht die leiseste Andeutung auf einen Abschluß im Namen der Societät, allein hier muß die obige Deduction ergänzend eingreifen. Will man mir vorwerfen, daß ich damit etwas in die Stelle hineintrage, so frage ich bloß, ob wir dasselbe nicht in unzähligen andern Fällen thun, und ob nicht gerade darin die Aufgabe der Interpretation besteht, abgerissene Quellenäußerungen mit sonstigen allgemeinen Grundsätzen in Einklang zu bringen? Will man sich dazu in diesem Fall nicht verstehen, so bleibt nichts übrig, als die Bestimmung der Stelle für eine Singularität der Societät zu erklären. Bei der Commanditen- und Aktiengesellschaft müßte man dann von der Ausnahme wieder eine Ausnahme statuiren, da nach der richtigen Ansicht der Commanditist so wenig wie der Aktionär selbst im Fall einer in rem versio für die Societätsschulden haftet [73]).

---

72) d. h. mit der Wirkung, daß der Geschäftsführer selbst gar nicht verpflichtet worden wäre l. 6 § 1 de neg. gest. (3. 5) Si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero **tui contemplatione** ... adversus te negotiorum gestorum habebo actionem, adversus eum, cum quo contraxi, nullam.

73) d. h. er hat den ausgezahlten Gewinn, beziehungsweise die Divi-

I. Jahrg. Bd. I. Nach der von mir vertheidigten Ansicht würde die Nicht-
S. 345. haftung des Commanditisten und Aktionärs eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen überall nicht enthalten, und die richtige Ansicht, die man nicht selten mit höchst unhaltbaren Gründen zu vertheidigen gesucht hat, würde sich einfach dadurch rechtfertigen, daß Commanditist und Aktionäre ebensowenig wie andere Prinzipale durch die Verträge ihres Ersatzmannes dritten Personen verpflichtet werden, mögen sie zu den Verträgen Auftrag gegeben oder sie hinterher genehmigt oder Nutzen davon gehabt haben. Will man der in rem versio im Societätsverhältniß eine verpflichtende Kraft zugestehen, so muß man dasselbe auch rücksichtlich der Ratihabition thun, und es müßten mithin der Commanditist und die Aktionäre sowohl wie der gewöhnliche Gesellschafter auch dann verpflichtet werden, wenn sie bei der Rechnungsablage die Geschäftsführung des Complementars und der Verwalter der Aktiengesellschaft ratihabirt hätten, selbst ohne daß der erzielte Gewinn in ihre Hände gekommen wäre. Denn die Ratihabition hat, wie oben bereits bemerkt, ganz die Kraft der in rem versio; was von letzterer, muß auch von ersterer gelten.

Das Resultat der letzten Ausführung bestände demnach darin: der Prinzipal wird durch die Contracte des Ersatzmannes dritten Personen nie verpflichtet, selbst nicht im Fall einer in rem versio; ein Klagrecht der letztern läßt sich juristisch in keiner Weise deduciren.

Dasselbe gilt nun aber umgekehrt von dem Klagrecht des Prinzipals gegen die Contrahenten seines Ersatzmannes. Wie Letzterer ausschließlich verpflichtet wird, so wird er auch ausschließlich berechtigt. Der Prinzipal kann also die Klage gegen den
S. 346. Dritten nur durch Cession erhalten [74]), oder insoweit eine Ver-

---

dende nicht zu restituiren. Thöl, Handelsrecht I. § 42 (Aufl. 3 S. 191 Anm. 9) und § 46 (S. 203 Anm. 6).

74) l. 1 § 11 Depos. (16. 3) ... si vero tuo nomine receperit, tu quidem mihi mandati teneris, ille tibi depositi l. 43, l. 45 pr. Mand. (17. 1) l. 49 § 2 de poss. (41. 2) l. 2, l. 7 Cod. si cert. (4. 2).

pflichtung zur Cession besteht, nach bekannten Grundsätzen unserer I. Jahrg. Bd. I.
Praxis als actio utilis. Diese Beschränkung: insoweit eine Verpflichtung besteht, ist hier aber von entscheidender Wichtigkeit, und ich muß sie um so mehr betonen, als sie nicht selten außer Acht gelassen wird. Schließt die Mittelsperson als Stellvertreter ab, so hat der Prinzipal die Klage gegen den Dritten nach heutigem Recht sofort und ohne alle weitere Voraussetzung, also z. B. selbst dann, wenn der Stellvertreter den Kaufpreis für ihn ausgelegt hat. Der Dritte hat von Anfang an den Prinzipal als seinen eigentlichen Gläubiger zu betrachten. Ganz anders, wenn er mit einem Ersatzmann contrahirt hat. Hier ist und bleibt Letzterer sein Gläubiger, so lange derselbe nicht die Klage dem Prinzipal cedirt, und dieser ihm, dem Schuldner, nicht denunciirt hat. Vor der Denunciation kann er also wie jeder andere debitor cessus dem Cedenten Zahlung leisten, auch wenn er anderweitig Kunde von der Cession erlangt hat oder von Anfang um das Verhältniß des Ersatzmannes zum Prinzipal wußte. Der Ersatzmann (möge er in Folge eines Mandats, Amts oder als neg. gest. gehandelt haben) ist aber nicht schlechthin und sofort zur Cession verpflichtet, er kann vielmehr, wenn er auf Grund seiner Geschäftsführung zu Gegenforderungen, z. B. auf Ersatz seiner Auslagen oder auf Abnahme der eingegangenen Verpflichtungen berechtigt ist, die Cession nach Grundsätzen der exc. doli oder des Retentionsrechts so lange vorenthalten, bis der Gegner seinerseits geleistet hat. Hat er dieserhalb die act. contraria[75]), so kann er seinen Anspruch auch excipiendo der auf Cession gerichteten actio directa entgegen- S. 347.
setzen, und so lange die Cession von ihm nicht erzwungen werden kann, darf man dem Prinzipal auch keine act. util. gewähren. Wenn dies dennoch wohl hie und da in der Praxis geschieht, wie mir denn selbst derartige Fälle bekannt sind, so ist dies im höchsten Grade zu mißbilligen, und be- beruht nicht auf irgend einem praktischen Bedürfniß oder einem

75) l. 45 pr. Mand. (17. 1).

I. Jahrg. Bd. I. Billigkeitsgrund, sondern lediglich auf der Verwechselung des Ersatzmannes und Stellvertreters. Die rechtliche Sicherheit des Ersatzmannes wird dadurch in hohem Grade gefährdet. Man nehme an, daß er bedeutende Ankäufe von Landesproducten auf Lieferungszeit gemacht, den Kaufpreis aber selber ausgelegt hat. Will man hier dem Prinzipal bei Eintritt des Lieferungstermins eine act. emti utilis gegen die Verkäufer geben, so verliert der Ersatzmann jede Deckung ihm gegenüber. Wird an ihn selbst abgeliefert, so erhält er nach unsern obigen Ausführungen Besitz und Eigenthum und kann die Herausgabe der Waare so lange vorenthalten, bis sein Committent ihn wegen seiner Auslagen befriedigt hat. Dasselbe muß mithin, wenn er die Waaren noch nicht in Händen hat, auch von der Abtretung der Klage gelten.

Das Resultat der bisherigen Ausführung besteht demnach darin: das Rechtsgeschäft des Ersatzmannes begründet Wirkungen lediglich für ihn selbst, sowohl was Besitz und Eigenthum, als was die obligatorischen Wirkungen desselben betrifft, der Prinzipal steht dem Geschäft als solchem so fern, wie jeder Dritte, und der Umstand, daß jene Wirkungen nach beiderseitiger Absicht auf ihn übertragen werden sollen, bringt ihn mit dem Geschäft selbst und dem dritten Contrahenten ebensowenig in Berührung, wie den Beschenkten mit demjenigen, von dem der Schenker die Sache gekauft hat. Die Uebertragung dieser Wirkungen auf den Prinzipal steht also ganz unter allgemeinen Grundsätzen, sowohl was
S. 348. den Anspruch des Prinzipals auf Vornahme derselben, als die Form und Art ihrer Beschaffung anlangt.

So sehr ich nun von der Richtigkeit dieses Prinzips überzeugt bin, so will ich doch nicht leugnen, daß mir die Anwendung desselben auf ein Verhältniß Schwierigkeiten macht; es ist dies die Usucapion der vom Ersatzmann gekauften Sache in der Person des Prinzipals. Es ist oben bemerkt worden, daß der Ersatzmann nach der l. 13 § 2 de usurp. (41. 3) durch Tradition in eigener Person den Usucapionsbesitz erlangt. Unter welchen Gesichtspunkt ist nun der Usucapionsbesitz des Prinzipals zu bringen, wenn ihm

die Sache vom Ersatzmann tradirt worden ist? Offenbar nur I. Jahrg. Bd. I.
unter den eines neuen Besitzes (nicht also wie der des Erben unter den einer bloßen Fortsetzung des bisherigen Besitzes) und daraus ergibt sich denn, daß der Prinzipal im Moment der Besitzerlangung [76]) in bona fide sein muß. Allein welchen Usucapionstitel soll man ihm zuschreiben? Den titulus pro emtore des Ersatzmannes? Dies ist nicht möglich, denn der Kauf ist nicht auf Namen des Prinzipals abgeschlossen und die Sache selbst ihm nicht tradirt. Der Usucapionstitel kann also nur dem obligatorischen Verhältniß, in dem er zum Ersatzmann steht, entnommen werden. Man könnte nun sagen, der Ersatzmann hat ihm die Sache weiter verkauft und ihm dadurch den titulus pro emtore verschafft. Allein dieser Gesichtspunkt ist völlig unhaltbar, und er würde, wenn auch S. 349.
nicht für diese Frage, so doch in andern Beziehungen zu Consequenzen führen, die der Intention der Parteien aufs Entschiedenste widersprechen. Es bleibt also nichts übrig, als zu sagen: der Ersatzmann tradirt, um seiner Verbindlichkeit aus dem Mandat, der neg. gest., Vormundschaft u. s. w. nachzukommen, der titulus ist hier also der pro soluto. An einer directen Aeußerung unserer Quellen über diese Frage fehlt es meines Wissens. Daß der Mandant sich der accessio possessionis des Verkäufers (unde is emit, cui tu emendam mandaveras) bedienen kann, wird freilich in der l. 15 § 2 de divers. (44. 3) bemerkt (wenn wir diese Stelle auf einen Kauf durch einen Ersatzmann beziehen wollen), allein darin liegt keine Antwort auf unsere Frage. Dagegen glaube ich, eine wenigstens indirecte Beantwortung derselben im Sinn der von mir vorgeschlagenen Ansicht in der l. 7 § 2 de usurp. (41. 3) gefunden zu haben. Der Fall der Stelle ist folgender. Ein Sklave hat dem Titius Auftrag gegeben, ihm ein Grundstück zu kaufen, Letzterer hat den Auftrag ausgeführt und

76) Gleichgültig wäre es mithin, ob er bei Ertheilung des Auftrages in mala fide war. Der Unterschied wird namentlich in dem Fall wichtig, wenn der Mandant in mala fide war, seine Erben aber, denen die Sache vom Ersatzmann tradirt wird, in bona fide.

I. Jahrg. Bd. I. tradirt das Grundstück, nachdem inzwischen der Sklave freigelassen ist. Die Worte, die uns hier allein interessiren, sind die am Ende der Stelle: donare potius quam indebitum fundum solvere intelligendus est. Sie beziehen sich auf den Fall, wenn der Titius wußte, daß dem Sklaven bei der Freilassung das Peculium nicht geschenkt worden sei, und stellen mithin für den entgegengesetzten Fall die Tradition an ihn unter den Gesichtspunkt einer solutio indebiti. Daraus ergibt sich aber, daß die Ablieferung der Sache von Seiten eines Ersatzmannes[77]) an den Prinzipal unter den
S. 350. Gesichtspunkt eines solvere fällt, sein Usucapionstitel mithin der pro soluto ist.

---

77) Daß die Stelle einen solchen im Auge hat, brauche ich nicht auszuführen; wäre Titius Stellvertreter gewesen, so hätte der Herr des Sklaven Besitz und Eigenthum erlangt, und von einem donare von Seiten des Titius könnte gar nicht die Rede sein.

Ich füge bei der Revision der Correctur noch die Bemerkung hinzu, daß ein hiesiger Freund und College von mir, der die Güte hatte, die Correcturbogen durchzusehen, Herr Dr. Siegel, mir statt des Namens Ersatzmann, der allerdings nichts Bezeichnendes enthält, den Ausdruck: stiller Stellvertreter und für den Stellvertreter den Ausdruck: offener Stellvertreter (nach Analogie des stillen socius) in Vorschlag gebracht hat; ich selbst habe früher in meinen Vorlesungen den Ausdruck: stiller Diener für Ersatzmann gebraucht. Ich würde den Vorschlag ohne Weiteres adoptiren, wenn ich nicht fürchtete, daß dadurch der Verwechselung des Stellvertreters und Ersatzmannes, der ich gerade in jeder Weise entgegentreten möchte, von Neuem Vorschub geleistet werde; jedenfalls halte ich es für angemessen, den Vorschlag hier mitzutheilen.

Zweiter Band
(1858).

IV. Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte.

Die vorliegende Abhandlung schließt sich an die im ersten Bande dieser Jahrbücher S. 122 u. fl. mitgetheilte an, aber in anderer Weise, als meine Leser erwarten werden. Zur Vervollständigung jenes Aufsatzes würde meinem ursprünglichen Plane gemäß noch als letzter Abschnitt eine kurze Besprechung der Stellvertretung erübrigen. Inzwischen sind jedoch gegen den bereits veröffentlichten Theil desselben in dieser Zeitschrift von Scheurl Einwendungen erhoben [1]), auf die ich glaube antworten zu müssen, bevor ich zu etwas Neuem übergehe. Andererseits aber müßte ich fürchten, die Geduld des Lesers auf die Probe zu stellen, wenn ich in diesem Hefte außerdem noch den letzten Theil der Abhandlung, der sich wider Erwarten zu ansehnlichem Umfang ausgedehnt hat, bringen wollte. Ich behalte mir daher vor, denselben in einem der späteren Hefte als selbständige Bearbeitung der Lehre von der Stellvertretung zu veröffentlichen. Zum Abschluß der obigen Abhandlung ist ein weiteres Eingehen auf den letzteren Gegenstand nicht erforderlich, da ich den Unterschied der dort behandelten Verhältnisse von der Stellvertretung an den betreffenden Stellen wenigstens angedeutet habe, eine ausführlichere Be- S. 68.

II. Jahrg. Bd. II. S. 67.

1) In dem gegenwärtigen Heft Abh. I.

II. Jahrg. Bd. II. arbeitung der Stellvertretung aber überall nicht in meinem ursprünglichen Plan lag.

Bei dem vorliegenden Aufsatz habe ich geglaubt, mich nicht auf eine bloße Widerlegung der erhobenen Einwürfe beschränken zu sollen, vielmehr von letzteren Veranlassung genommen, den durch sie angeregten oder auch nur berührten Fragen eine eingehende Untersuchung zu widmen, ohne mich daran zu binden, ob dieselbe in dem Maße durch das unmittelbare Interesse der Vertheidigung geboten war. Ich habe dies gethan, theils weil ein rein negatives Zurückweisen von Angriffen, namentlich wenn dieselben wie hier nur einzelne aus dem Zusammenhang gerissene Punkte betreffen, für den unbetheiligten Dritten leicht etwas Ermüdendes hat, theils um dem Streit, indem ich ihm eine weitere Ausdehnung gebe, einen fruchtbareren Charakter zu verleihen.

Zunächst darf ich meine Freude darüber aussprechen, daß mein verehrter Freund im Wesentlichen mit mir einverstanden ist, unsere Differenz sich also nur auf einzelne minder wichtige Punkte beschränkt. Ich darf dies thun, ohne eine Mißdeutung zu besorgen, da mein Verdienst bei jener Abhandlung nur ein untergeordnetes war. Zunächst nämlich war der von mir so stark betonte Unterschied zwischen juristischen und factischen Dienstleistungen durchaus kein neuer [2]), und was mir hier zu thun übrig blieb, bestand nur darin, ihn genau zu bestimmen und im Einzelnen

S. 69. auszuführen. Wenn noch einer der letzten Schriftsteller über die Stellvertretung diesen Fundamentalunterschied der ganzen Lehre in dem Maße übersehen konnte, daß er bei einem „Tagelöhner, der auf fremdem Boden arbeitet, alles, was zu einem Stellver-

2) Rücksichtlich des Institor hatte z. B. schon Thöl, Handelsrecht Bd. 1 Aufl. 3 S. 84, 86, 87 die juristische und factische Betreibung eines Gewerbes hervorgehoben. — Auch von Wächter in seinem Handbuch des würtemb. Privatrechts Bd. 2 S. 676 unterscheidet Stellvertretung in juristischen und factischen Verhältnissen. Wenn ich diese und andere Schriftsteller nicht genannt habe, so geschah es nur, weil es sich hierbei meiner Ansicht nach gar nicht um eine neue oder individuelle Idee handelte.

treter gehört," findet[3]), wenn ferner seine Definition trotz des Protestes, den Scheurl schon im Jahre 1853 gegen die in ihr enthaltene „Vermengung der juristischen mit der bloß factischen Stellvertretung" erhoben hat[4]), bei dem Herausgeber des Puchta'schen Compendiums der Pandekten[5]) noch bis in die letzte Ausgabe hinein willige Aufnahme und dankbare Anerkennung finden konnte — ich glaube, dann wird man mir nicht Unrecht geben, wenn ich es nicht für unnöthig hielt, einen Unterschied in der Weise auszuführen, daß man ihn fortan füglich nicht mehr ignoriren kann. II. Jahrg. Bd. II.

Die zweite Grundidee meiner Abhandlung bestand in der ebenfalls keine besonderen Schwierigkeiten darbietenden Zerlegung der juristischen Mitwirkung in die Begriffe des Theilnehmers, Ersatzmannes und Stellvertreters und auch hierin scheint Scheurl mit mir im Wesentlichen einverstanden zu sein. Ich darf mithin, ohne auf die Grundbegriffe zurückzukommen, mich auf die einzelnen spezielleren Differenzpunkte zwischen uns beschränken, wobei S. 70.
ich mich jedoch an die Reihenfolge derselben in seiner Abhandlung nicht binden werde[6]).

I. Zur Terminologie.

In meinem früheren Aufsatz habe ich diese Frage absichtlich übergangen, weil sie mir keinerlei Ausbeute zu gewähren schien.

---

3) Brinz, Kritische Blätter Nr. 2. Erlangen 1852. S. 4 u. 5. Buchka in seiner Lehre von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen, Rostock 1852, den Brinz kritisirt, hatte den Unterschied freilich ebensowenig hervorgehoben, da er den Begriff der Stellvertretung nicht weiter erörtert. Auf S. 3 bemerkt Brinz ausdrücklich, „gleichviel, ob sie (die vom Stellvertreter vorzunehmenden Handlungen) Rechtsgeschäfte sind oder nicht" und fügt dann selbst hinzu, daß Puchta die Stellvertretung nur in Rechtsgeschäften zulasse, ohne sich dadurch beirren zu lassen.

4) Münchner krit. Ueberschau Bd. 1 S. 317.

5) Rudorff zu § 52. Note a.

6) Der Kürze wegen werde ich im Folgenden bloß mit Zahlen citiren, ohne Angabe des Orts. Die Seitenzahlen von 1—34 beziehen sich auf

II. Jahrg. Bd. II. Ich war nämlich zu dem Resultate gelangt, daß die römischen Juristen, abgesehen von den bekannten Ausdrücken nuntius (auch internuntius) [7]) für eine Art der factischen und procurator für die zwei Fälle der juristischen Mitwirkung anstatt des Prinzipals [8]) für alle bei unserer Frage vorkommenden Begriffe keine irgendwie fest bestimmten Kunstausdrücke haben. Da nun Scheurl rücksichtlich zweier das Gegentheil annimmt (S. 2 u. S. 19 u. fl.), nämlich für ministerium und interposita persona, so will ich davon Veranlassung nehmen, den früher übergangenen Punkt nachzuholen und die Gründe für meine Ansicht mitzutheilen.

Der Ausdruck, dessen die römischen Juristen sich für jede Zuziehung einer Mittelsperson, möge ihre Thätigkeit juristischer oder factischer Art sein, bedienen, ist agere, contrahere, emere etc. per alium im Gegensatz zu dem per se (z. B. tradere per se in l. 9 § 4 de A. R. D. 41. 1 emere vel per se vel per aliam personam in l. 46 de cont. emt. 18. 1). Jene Wendung wird gebraucht

1) vom Boten. l. 4 pro socio (17. 2): societatem coire per nuntium l. 1 § 2 de cont. emt. (18. 1) l. 2 § 2 de O. et A. (44. 7) u. a.

S. 71. 2) vom Ersatzmann. l. 1 § 2 de proc. (3. 3), l. 46 de cont. emt. (18. 1), l. 22 § 1 de lib. causa (40. 12) si quis per alium emerit utputa procuratorem und l. 5 § 3 de aut. tut. (26. 8) per interpositam personam.

3) vom Stellvertreter. l. 15 § 3 de man. vind. (40. 2) causam probare per procuratorem Gaj. IV, 98 agere per cognitorem.

Ebenso allgemein ist die Bedeutung des Ausdrucks ministerium, und so unverkennbar er in einigen Stellen auf die

---

Scheurl's Abh. in diesem Heft, die von 315—338 auf seinen Aufsatz in der Münchener krit. Ueberschau Bd. 1.

7) l. ult. de spons. (23. 1) l. 25 § 4 de acq. her. (29. 2).

8) Auf das letztere Wort komme ich unten noch zurück.

rein factische Dienstleistung bezogen wird, wie z. B. l. 15 de const. pec. (13. 5) (was auch von mir selbst S. 175 anerkannt ist) und l. 1 § 1 ad SC. Vellej. (16. 1), so wenig haltbar ist die Behauptung von Scheurl, daß der römische Sprachgebrauch ihn nur in diesem beschränkten Sinne genommen habe. Man sehe z. B. die l. 40 de A. R. D. (41. 1), wo ministerium et opera von Rechtsgeschäften der Sklaven für ihre Herren, l. 10 § 1 de edendo (2. 13), l. 49 de don. i. V. (24. 1), l. 23 de mort. c. don. (39. 6), l. 18 pr. de poss. (41. 2), in denen der Ausdruck von juristischen Dienstleistungen einer freien Mittelsperson gebraucht wird. II. Jahrg. Bd. II.

Auch der Ausdruck: opera, dem man von vornherein eine ausschließliche Beziehung auf factische Dienste beilegen möchte, erscheint in Anwendung auf Rechtsgeschäfte. S. z. B. außer der bereits citirten l. 40 de A. R. D. die l. 19 ibid. (Antretung einer Erbschaft von Seiten eines Sklaven), l. 1 § 20 de A. P. (41. 2) (Besitzerwerb durch Stellvertreter). Ein anderer ganz allgemeiner Ausdruck für die Dienstleistung der Mittelsperson ist officium, l. 24 § 2 de usur. (22. 1), l. 10 § 1 de edendo (2. 13) (in Zusammenstellung mit ministerium von der juristischen Thätigkeit des argentarius), l. 5 § 2 depos. (16. 3), l. 14 de off. Praes. (1. 18) (von der factischen Dienstleistung des Wächters) S. 72.
u. a. Stellen bei Dirksen in seinem Manuale.

Von den Ausdrücken zur Bezeichnung der Mittelsperson ist zunächst der nur selten vorkommende Ausdruck adjutor (z. B. l. 40 § 4 de statut. 40. 4, l. 13 § 1 de tut. 26. 1) offenbar kein technischer, ebensowenig media persona (z. B. l. ult. Cod. si quis alt. 4. 50). Die Betheiligung derselben an dem fremden Geschäft wird mit intervenire (z. B. l. 7 § 8 pro emt. 41. 4 interveniente libera persona), die Zuziehung derselben von Seiten des Prinzipals mit interponere bezeichnet. Dem letztern Ausdruck will Scheurl (S. 19 fl.) eine engere Bedeutung geben; interposita persona soll der von mir übersehene Ausdruck des römischen Rechts für den Ersatzmann sein. Allein die von ihm

II. Jahrg. Bd. II. selbst citirte l. ult. de spons. (23. 1) beweist, daß der Ausdruck ebenfalls kein technischer war; denn er kann in dieser Stelle, wie Scheurl selbst zugibt, nur von factischen Dienstleistungen der Mittelsperson verstanden werden. Sodann ist bemerkenswerth, daß er da, wo er vom Ersatzmann gebraucht wird, doch vorzugsweise die Nebenbedeutung einer unerlaubten, betrügerischen Benutzung desselben hat. Von den Stellen, die Brissonius, Dirksen (unter interponere) und der Verfasser anführen, ist in folgenden die Beziehung auf eine fraus entweder ausdrücklich oder doch der Sache nach angegeben: l. 12 si quid in fraudem (38. 5), l. 14 quae in fraudem (42. 8), l. 32 § 4 de adm. (26. 7), l. 32 § 2 ad SC. Vell. (16. 3), l. 3 pr. Rat. rem (46. 8) (Umgehung der erforderlichen Bestellung eines Curators, l. 7 § 2 quib. ex c. min. 4. 4). Eine betrügerischer Weise oder Scheines halber vorgeschobene Person wird sonst auch wohl mit subjecta oder supposita persona bezeichnet, l. 4 § 5 de in diem (18. 2) si falsus emptor subjectus sit, l. 14
S. 73. § 1 ibid., l. 24 § 2 de lib. causa (40. 12), l. 19 § 3 de neg. gest. (3. 5), l. 49 pr. de act. emti (19. 1) imaginarium colonum supposuit, l. 22 § 3 Mand. (17. 1), l. 3 Cod. si cert. (4. 2), l. 23 § 1 Mand. (4. 35), l. 91 de solut. (46. 3). Die »interposita persona« der l. 52 ad leg. Falc. (35. 2) wird ebenfalls als Scheinlegatar, als Figurant bezeichnet, und darum der Abzug der Quart in dem dort berührten Verhältniß ausgeschlossen, während der Ersatzmann nie Figurant ist. Was derselbe Ausdruck in l. 87 § 7 ibid. zu bedeuten hat, lasse ich dahingestellt. In der l. 5 § 2 de don. i. V. (24. 1) erscheint die interposita persona ebenfalls wieder bei dem Versuch der Umgehung eines gesetzlichen Verbotes. Dagegen will ich allerdings nicht läugnen, daß der Ausdruck auch ohne diese Nebenbedeutung vorkommt, aber soviel ich gesehen habe nur bei Schenkungen, s. l. 4 de donat. (39. 5), l. 5 pr., l. 11 § 6—8 de don. i. V. (24. 1). Wenn aber Scheurl hier die interposita persona als Ersatzmann charakterisirt und darauf hin letzteren im Anschluß an

diesen Ausdruck Zwischenperson nennen will, so kann ich mich da- mit nicht einverstanden erklären. Die erste Stelle lautet: etiam per interpositam personam donatio consummari potest, die zuletzt citirten Stellen besprechen den Fall einer Schenkung zwischen Verlobten beziehungsweise Ehegatten per interpositam personam. Welche juristische Bedeutung hat hier nun die interposita persona? Wie mir scheint, verwechselt Scheurl den Besitz und die Schenkung. Die Mitwirkung einer Mittelsperson für die von dem Einen an den Andern beabsichtigte Schenkung kann eine doppelte sein. Es kann nämlich die Absicht sein, daß die Mittelsperson das Geschenk im eignen Namen mache, so daß der eigentliche Schenker gar nicht hervortritt, oder aber, daß sie das Geschenk im Namen des letzteren übergebe oder in dem des Beschenkten in Empfang nehme[9]). Nur im ersteren Fall erkenne ich nach der von mir gegebenen Begriffsbestimmung die Mittelsperson als Ersatzmann an. Sollte nun die interposita persona in den obigen Stellen die Bedeutung des Ersatzmannes haben, so müßte in denselben nur von dieser Art der Schenkung die Rede sein, wogegen aber schon der Umstand zeugt, daß der interpositus auch vom Beschenkten zugezogen wird. Rücksichtlich des Besitz- und Eigenthumserwerbes könnte derselbe nichtsdestoweniger die Bedeutung eines wahren Ersatzmannes haben, d. h. der Schenker könnte zunächst Besitz und Eigenthum auf ihn übertragen mit der Auflage, die Sache seiner Zeit dem Andern zu tradiren, und ich will gern einräumen, daß die Stellen vorzugsweise diesen Fall im Auge haben. Allein ob schlechthin, möchte ich sehr bezweifeln, denn ganz abgesehen von der l. 5 pr. cit. [10]) kann ich

II. Jahrg. Bd. II.
S. 74.

9) Im Fall der l. 25 de don. (39. 5) lautete der Auftrag: ut Titio meo nomine donares, der Mandatar aber übergab suo nomine; der Auftrag hätte von vornherein auch auf letzteres lauten können.

10) Scheurl S. 22 urgirt das dare, allein daß der Ausdruck dare und tradere auch im Sinn des natürlichen Hingebens (ohne Beziehung auf juristischen Besitz und Eigenthum) gebraucht wird, darüber s. l. 8, 25 de pecul. (15. 1), l. 22 § 7 Mand. (17. 1) und namentlich l. 2 § 6 de donat.

II. Jahrg. Bd. II. S. 75. nicht glauben, daß der allgemeine Ausspruch in der l. 4 cit. de donat. eine so enge Beziehung haben sollte. Doch selbst angenommen, daß der Ausdruck: interposita persona nicht, wie ich annehme, die allgemeine und unbestimmte Bedeutung einer Mittelsperson, sondern die des Ersatzmannes habe, so scheint er mir jedenfalls völlig ungeeignet zu sein, um ihn in der Weise, wie Scheurl es beabsichtigt, im Deutschen nachzubilden. Seine „Zwischenperson" unterscheidet sich in nichts von „Mittelsperson," und den letztern Ausdruck sind wir einmal gewohnt im ganz allgemeinen Sinn zu gebrauchen; die Gefahr der Verwechselung, der ich gerade auch durch die Wahl des Ausdrucks hatte vorbeugen wollen, würde durch seinen Vorschlag anstatt verringert, umgekehrt noch erhöht. So wenig ich an dem Namen Ersatzmann hänge, und so bereitwillig ich einen passenderen adoptiren werde, so ist er doch unter allen, zwischen denen meine Wahl bisher schwankte, entschieden der geeignetste. Einmal nämlich ist er bisher im Privatrecht noch in keiner Weise benutzt, er ist noch ganz intact, ein verbum vacans, das die Wissenschaft für sich in Besitz nehmen kann. Sodann aber stimmt zu der Bedeutung, die ich ihm geben will, der Sinn, in dem er bereits im öffentlichen Recht eingebürgert ist. Der „Ersatzmann", der für einen ständischen Deputirten gewählt wird, ersetzt ihn, aber ohne seine Stelle zu vertreten, d. h. fungirt nicht in dessen Namen, sondern im eignen, er ist selbst Deputirter.

Die subjective Bestimmung des Geschäfts, ob es für den Handelnden selbst oder für einen andern berechnet ist, bezeichnen

---

(39. 5) .. pecuniam dederit, ut ad me perferret, l. 6 de man. (40. 1), l. 3 § 1, l. 11, l. 39 § 2 de statut. (40. 7). Am schlagendsten ist die l. 25 de donat. (39. 5). In dem Fall, den sie behandelt, hatte die Mittelsperson offenbar nicht das Eigenthum erhalten, denn sonst hätte sie dasselbe, wie auf jede andere Person, so auf die ihr aufgegebene übertragen können, nichtsdestoweniger gebraucht der Jurist die Worte: Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares et tu tuo nomine eam ei dederis. Sollte das dare und tradere bei der interposita persona der l. 5 pr. cit. de don. i. V. (24. 1) einen andern Sinn haben?

die Römer bekanntlich mit dem Gegensatz suo und alieno nomine II. Jahrg. Bd. II.
(agere, emere, possidere, obligari etc.). Der Name, nomen, ist der natürliche Ausdruck für die Beziehung desselben zu dem Subject, gewissermaßen die Signatur, Adresse des Rechtsgeschäfts; wessen Name genannt wird, den betrifft das Geschäft. Darum klagt der Procurator »alieno nomine,« wenn er auch nicht, S. 76.
wie der Cognitor, directe Wirkung für den Prinzipal hervorbringt, denn der Name des letzteren wird in der Klage genannt, darum erwirbt der Stellvertreter den Besitz »alieno nomine,« denn der Tradent bezeichnet ihm den, für den er ihn ergreifen soll. Der Ersatzmann hingegen nennt den Namen seines Mandanten nicht, er handelt also zwar für einen andern, allein nicht alieno nomine; die Beziehung des Geschäfts auf einen Andern ist eine bloß innerliche, subjective, tritt in der Handlung selbst nicht äußerlich, objectiv hervor. Schon aus diesem Grunde war die Stellvertretung im älteren Recht unzulässig, die alten Formeln lauteten auf den Handelnden selbst, ein alieno nomine lege agere war ausgeschlossen, da ein alienum nomen in der Formel keinen Platz fand. Eben darum aber stand dieser Grund dem Erwerb des Hausherrn durch die ihm untergebenen Personen nicht im Wege, da es hier einer Stellung des Geschäfts auf seinen Namen überall nicht bedurfte.

Alieno nomine agere etc. ist also ursprünglich im rein wörtlichen Sinn Stellung des Geschäfts auf fremden Namen gewesen, allein dieser rein wörtliche, engere Sinn ist vertauscht gegen den weitern: einer im Geschäft selbst äußerlich hervortretenden Beziehung auf eine dritte Person, so daß also der Ausdruck auch von solchen Handlungen eines Stellvertreters gebraucht wird, die zu einer Nennung des Namens des Prinzipals überall keine Gelegenheit darbieten, wie z. B. von der Spezification, Occupation für einen Andern [11]), oder bei denen eine Nennung des Namens

---

11) l. 25, l. 27 § 1, 2 de A. R. S. (41. 1), l. 31 § 1 de don. i. V. (24. 1).

II. Jahrg. Bd. II. S. 77. zwar möglich gewesen wäre, aber unterblieben ist, insofern nur in beiden Fällen die Bestimmung für den Prinzipal ohnehin aus den Umständen hervorgeht. Wenn Scheurl (S. 27, 28) es bezweifelt, ob unser Ausdruck ein sicheres Kennzeichen der Stellvertretung sei, und gegen die Anwendung desselben auf den Ersatzmann an sich nichts zu erinnern findet, so erscheint mir dies von vornherein höchst bedenklich. Denn der Ersatzmann charakterisirt sich gerade dadurch, daß er kein nomen alienum nennt, oder, wie die l. 4 § 1 de man. (40. 1) es positiv ausdrückt, daß er emtioni suum nomen accommodat, und welches Gewicht die Römer auf das nomen legten (insofern es sich nicht um eine bloße Simulation handelte), zeigen namentlich die sämmtlichen Stellen im Codex Titel: si quis alteri (4. 50) [12]. Bei dem Procurator absentis, den Scheurl mir entgegenhält, ist die Intention für den Andern zu handeln nicht etwas rein Innerliches, sondern sie tritt im Geschäft selbst hervor, die Formel nennt den Namen des Prinzipals, sie bezeichnet die Prozeßsache als die seinige, wenn auch die Wirkungen der Prozeßführung immerhin lediglich auf der Person des Procurators beharren bleiben. Nichtsdestoweniger wage ich nicht zu behaupten, daß der Ausdruck nie in einem andern, als dem von mir ihm untergelegten Sinn gebraucht worden sei, ich kann nur sagen, daß ich bisher keinen Anlaß gefunden habe, es anzunehmen.

Schließlich komme ich noch einmal auf den Ausdruck procurator zurück, und zwar auf Grund einer viel besprochenen Stelle, der l. 5 § 10 de instit. (14. 3). Da dieselbe ein ungleich weiteres, als ein bloß terminologisches Interesse hat, so will ich, um nicht durch den letzteren Gesichtspunkt eingeengt zu sein, sie zum Gegenstand einer selbständigen Betrachtung machen.

---

12) Im Uebrigen verweise ich auf S. 322 u. fl.

II. Erklärung der l. 5 § 10 de inst. act. II. Jahrg. Bd. II. S. 78.

Ich lasse zunächst den Text hier abdrucken:

Sed et cum fullo peregre proficiscens rogasset [13]), ut discipulis suis, quibus tabernam instructam tradiderat, imperaret, post cujus profectionem vestimenta discipulus accepisset et fugisset, fullonem non teneri, si quasi procurator fuit relictus, sin vero quasi institor, teneri eum. Plane si adfirmaverit mihi recte me credere operariis suis, non institoria, sed ex locato tenebitur.

Von ältern Juristen ist die Stelle wenig berücksichtigt [14]), in neuerer Zeit hingegen sind darüber drei verschiedene Ansichten aufgestellt, von Puchta, Thöl und v. Vangerow [15]). Puchta macht den Vorschlag, imperaret in imperarem zu ändern, und zwar soll hier imperare in dem Sinn gebraucht sein, in dem es hie und da vorkömmt [16]), nämlich für: Kunde sein, so daß die Bitte des verreisenden Fullo darin bestanden hätte, in seiner Abwesenheit die Bestellungen bei seinen Lehrjungen zu machen. Wenn Vangerow diese Conjectur für ganz verfehlt und sinnentstellend erklärt, so kann ich ihm darin nur beistimmen. Denn Puchta bringt den Juristen mit sich selbst in Widerspruch. Hatte nämlich S. 79. der Meister, wie es am Ende der Stelle heißt, versichert: recte

---

13) Einige Ausgaben setzen quem hinzu, z. B. Haloander und die glossirte Ausgabe Venet. apud Juntas 1498, die Basiliken XVIII, 1 l. 5 § 10 me (ἤτησέ με).

14) Hommel, Corp. jur. cum not. var., sowie Glück, Commentar im Register ad h. loc. enthalten keinen Nachweis, Schulting, Not. ad Dig. erwähnt nur des unten angegebenen Verbesserungsvorschlags von Reitz.

15) Puchta, Pandekten § 278 Note d, Thöl, Handelsrecht I. § 33 Note 4, v. Vangerow, Leitf. § 661 (Bd. 3 Aufl. 6 S. 513 fl.), welcher letztere zugleich einige andere Schriftsteller citirt.

16) Puchta verweist auf l. 26 pr. de op. lib. (38. 1), wo imperantes die Kunden sind.

II. Jahrg. Bd. II. me credere operariis suis, so soll er schlechthin ex locato haften. Dasselbe muß aber auch dann gelten, wenn er den Kunden aufgefordert hatte, in seiner Abwesenheit bei ihm arbeiten zu lassen, denn der Unterschied liegt hier nur in den gebrauchten Worten. Wenn Rudorff (zu Puchta a. a. O.), um die Differenz beider Fälle zu betonen, die Aufforderung im ersten Fall nur „in allgemeinen Ausdrücken" erfolgen läßt, so darf man ihn fragen, ob denn die Versicherung am Ende der Stelle auf ein bestimmtes einzelnes Geschäft und nicht vielmehr ebenso allgemein und unbestimmt auf alle während der ganzen Dauer der Abwesenheit vorkommenden Bestellungen gerichtet war. In beiden Fällen verweist der Meister den Kunden auf seine Gesellen, und wenn der Jurist darauf hin in dem einen Fall bei dem später von der anderen Seite erfolgten Auftrag einen Contract zwischen beiden Theilen annimmt, so muß er es auch im andern thun, und es ist nicht abzusehen, warum, wenn im letzteren Fall noch außerdem der Lehrjunge als Institor hätte bestellt sein müssen, davon in dem andern Fall Umgang genommen werden konnte. Auch hier schließe ich mich ganz der Bemerkung von Vangerow an, dem es nicht zweifelhaft erscheint, „daß (in dem ersten Fall) der Fullo immer haften müßte, mochte der diebische Lehrling als procurator oder als institor angestellt gewesen sein," ja ich setze hinzu, selbst wenn weder das eine, noch das andere Statt fand, denn der Meister haftet hier ja nicht, weil er die Lehrlinge zur Annahme, sondern weil er den Kunden zur Abgabe der Kleider an sie autorisirt hat. Wie nach Rudorff „die Unrichtigkeit dieser Ansicht aus l. 11 § 5 de inst. act. (14. 3) erhellen soll," vermag ich platterdings nicht einzusehen, und die Supposition eines offen-
S. 80. baren Mißverständnisses auf seiner Seite, zu der Vangerow sich genöthigt gefunden hat, möchte kaum abzuwehren sein.

Angenommen aber, die ihm so anstößigen „allgemeinen Ausdrücke," in denen der Meister um Kundschaft bittet, hätten eine directe Haftung desselben nicht begründen können, letztere hätte also lediglich auf die Institorenqualität des Lehrlings gestützt

werden müssen, ich frage: wozu denn die Erwähnung der Auf- II. Jahrg. Bd. II.
forderung an den Kunden, wozu der ganze Passus bis imperarem? Hätte nicht dasselbe Resultat auch dann eintreten müssen, wenn die Aufforderung völlig unterblieben wäre? Die Puchta'sche Conjectur bürdet dem Juristen die Erwähnung eines nicht bloß völlig einflußlosen, sondern noch dazu leicht irre führenden Umstandes auf.

Vangerow's eigene Ansicht, die wie die Thöl'sche auf den unveränderten Text der Stelle gebaut ist, scheint mir ebensowenig haltbar zu sein. Sie geht mit den Basiliken davon aus, der Meister habe bei seiner Abreise irgend einen Dritten mit der Aufsicht über die Lehrjungen beauftragt, und die Frage, ob er durch die Handlung des ungetreuen Lehrlings verpflichtet werde, werde darauf gestellt, ob der Dritte bloß als Procurator oder als Institor zurückgelassen sei. Im ersteren Fall sei ein Stillstand des Geschäfts eingetreten, und mithin habe der Lehrling die Kleider gar nicht annehmen dürfen, im letztern finde, da der Betrieb des Geschäfts keine Unterbrechung erlitten, das Gegentheil Statt. Thöl setzt in seiner prägnanten Weise dieser Erklärung nichts als die Frage entgegen: woher die act. instit. aus dem Contract des discipulus, wenn ein Anderer institor ist? — und auf diese Frage hat Vangerow auch in der neusten Auflage seines Werkes nicht geantwortet und, füge ich hinzu, es nicht vermocht; denn mit ihr ist, wie ich meine, seine Ansicht vollständig widerlegt. Damit der Meister durch Annahme der Kleider von Seiten des Lehrlings S. 81.
verpflichtet werde, muß letzterer Institor gewesen sein. Die Anwesenheit oder Abwesenheit des Meisters, die Bestellung des Dritten zum Procurator oder Factor ist für diesen allein in Betracht kommenden Umstand ohne allen Einfluß. Entweder nämlich war der discipulus von vornherein nicht ermächtigt, die Kleider anzunehmen, d. h. er war nicht Institor — dann wird er es dadurch doch nicht, daß der Meister verreist und einen Andern als Institor bestellt; oder er war Institor — dann bleibt er es auch, wenn der Meister verreist, möge er die Leitung des Geschäfts

II. Jahrg. Bd. II. irgend einem Dritten anvertrauen oder nicht. Oder sollte wirklich ein rechtlicher „Stillstand des Geschäfts" eintreten, wenn ein Krämer verreist, ohne einen Factor zu bestellen? Erlischt dadurch die Institorenqualität seiner Ladendiener? Sollte eine bloße Reise des Prinzipals den dritten Contrahenten gefährlicher sein, als der Tod desselben [17]? Jener Factor Vangerow's ist ein völlig bedeutungsloser Statist, die handelnde Person ist bloß der discipulus, und sein rechtlicher Charakter ist von dem Dasein oder Nichtdasein eines solchen Oberinstitors völlig unabhängig; was er nicht ist, kann er durch ihn nicht werden, und was er ist, bleibt er auch ohne ihn.

Darin trifft nun Thöl nach meiner Meinung entschieden das Richtige, daß er sich mit der Glosse [18]) als den mit der Aufsicht der Uebrigen Beauftragten den discipulus denkt. Wenn Rudorff gegen diese wie Vangerow's Erklärung den Einwand macht, „daß discipulis suis imperare sprachlich nicht heißen kann: über seine Lehrlinge die Aufsicht führen," so muß ich dieser Behauptung mit derselben Entschiedenheit entgegentreten, mit der
S. 82. sie von Seite Rudorff's aufgestellt ist. Daß imperare unter andern auch die Bedeutung von „Bestellung machen" hat, daraus folgt doch nicht, daß es dieselbe überall haben muß, wie bereits Thöl, freilich ohne allen Erfolg, erwidert hat. Imperare wird auch vom Arzt gebraucht, der dem Patienten etwas verordnet, aber wer möchte darum behaupten, daß nicht auch ein Arzt ein imperare im gewöhnlichen Sinn vornehmen kann! In diesem gewöhnlichen Sinn heißt imperare befehlen, gebieten. Warum sollte man es also nicht in dem vorliegenden Verhältniß durch: Aufsicht führen wiedergeben dürfen? Oder sollte die Verbindung des imperare mit discipulis die Beibehaltung seiner gewöhnlichen Bedeutung zu einer „sprachlichen Unmöglichkeit" machen? Ich verweise einfach auf die bei Brissonius gleich zu Anfang

---

17) l. 5 § 17 de inst. act. (14. 3).

18) Accursius fügt zu rogasset hinzu: peritiorem discipulum.

des Artikels imperare abgedruckte Stelle aus Seneca de Clement. II. Jahrg. Bd. II.
I. c. 16: imperat princeps civibus suis, pater liberis, praeceptor discentibus. Wenn der praeceptor selbst discentibus oder discipulis imperat, warum sollte er dasselbe nicht auch einem Andern auftragen können? Ein ähnliches Verhältniß, wie das des Meisters zu der familia urbana, ist das des villicus zu der familia rustica, und gerade für dies Verhältniß ist, wie die scriptores rei rusticae zeigen, der Ausdruck: imperium, imperare, imperitare der stehende[19]).

Eine trefflichere Einwendung gegen die Thöl'sche Auffassung der Stelle ist die Gezwungenheit der Construction. Die eigentliche Hauptperson des Falls wird anfänglich gar nicht genannt und taucht erst hinterher und zwar in einer Weise auf, als ob sie S. 83.
bereits aus dem vorhergehenden völlig bekannt wäre. Sodann müßte ferner, wie Vangerow einwendet, discipulis suis für ceteris fullonis discipulis genommen werden, und bei den beiden Verbis rogasset und imperaret wird Jeder das Subject vermissen. Darum schieben die Basiliken zu rogasset me, und einige Ausgaben der Pandekten aliquem ein.

Ich stimme darin nun mit Puchta überein, daß der Text corrumpirt ist, allein der Fehler steckt nicht da, wo er ihn sucht, sondern in den Worten: discipulis suis. Reiz hat vorgeschlagen: discipulus suus zu lesen, allein dadurch entsteht nur eine andere, neue Härte. Ich halte discipulus bei und lese für suis: servis. Bekannt ist, daß die Handwerker in Rom ihr Geschäft vorzugsweise mit Sklaven betrieben, letztere bilden einen so wesentlichen Theil der »taberna«, daß das Legat des instrumentum tabernae auch sie umfaßt[20]), und die »instructa

19) S. z. B. Columella, De re rust. XI. c. 1 imperandi scientiam . . . imperitandi parum prudentes: exsequi, quod imperatur . . . ipse agere aut cuiquam imperare . . . in majoribus imperiis (ed. Bip. II. p. 414, 415, 417, 420), Pall. Rutil. I. 6 (ed. Bip. III. p. 17) officia juvenum convenunt, imperia seniorum.

20) l. 13 de instr. leg. (33. 7).

II. Jahrg. Bd. II. taberna« als »quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat« definirt wird[21]). Eine Werkstätte mit lauter Lehrjungen (ohne Gesellen) möchte doch bei den Römern wohl ebenso selten gewesen sein wie bei uns. Durch den Gegensatz zu servis wird uns der discipulus als freie Person charakterisirt[22]), und dadurch gewinnt zugleich das vorgesetzte Verhältniß, in das er zu den übrigen operarii tritt, einen bessern Anstrich. Daß der Meister den Sklaven die Werkstätte oder den Laden übergibt — denn ich vermag das quibus nicht mit Thöl auf instruc-
S. 84. tam, sondern nur auf tradiderat zu beziehen — wird hoffentlich kein Bedenken erregen[23]). Daß servis leicht mit suis verwechselt werden konnte, und daß, wenn diese Verwechselung einmal geschehen war, die Veränderung von discipulus in discipulis sich mit Nothwendigkeit daraus ergeben mußte, bedarf keiner Bemerkung. Wer daran Anstoß nimmt, daß nicht bloß sämmtliche Handschriften, sondern auch die Basiliken übereinstimmend discipulis hier lesen, dem diene zur Antwort, daß die Corruption des Textes bereits in dem offiziellen Exemplar Justinian's vorhanden gewesen sein und seinen letzten Grund in einer fehlerhaften Abschrift der betreffenden Schrift von Ulpian gehabt haben mag.

In sachlicher Beziehung verdienen folgende drei Punkte in unserer Stelle Hervorhebung.

Zuerst die Bedeutung, in der hier das Wort procurator gebraucht wird, nämlich für eine mit factischen Dienstleistungen beauftragte Mittelsperson. Der gegebene Auftrag, sagt Ulpian, kann entweder den Sinn gehabt haben, daß der Mandatar den Mandanten rücksichtlich der rechtlichen Seite der Geschäftsleitung vertrete, also die erforderlichen Rechtsgeschäfte mit dritten

21) l. 185 de V. S. (50. 16).

22) Ein bekanntes Seitenstück zu diesem freien Lehrling ist das unglückliche Opfer des jähzornigen Schusters, dessen Andenken die l. 5 § 3 ad leg. Aq. (9. 2) der Nachwelt aufbewahrt hat.

23) So wird tradere in Anwendung auf Herrn und Sklaven, z. B. in l. 8 de pec. (15. 1), gebraucht.

Personen abschließe, hier wird er institor; oder aber den, daß er II. Jahrg. Bd. II.
bloß die Oberaufsicht über die Arbeiter und den innern Betrieb des Geschäfts führe — hier vertritt er ihn bloß rücksichtlich des rein factischen Theils der Geschäftsleitung, und seine Rechtsgeschäfte mit dritten Personen erzeugen für den Mandanten keine Wirkung. Wenn Ulpian seine Stellung in diesem zweiten Fall als die eines procurator bezeichnet, so gebraucht er den Ausdruck ausnahmsweise in dem ungenauen, weitern Sinn des gewöhnlichen Lebens, in dem auch wir heutzutage wohl den Ausdruck Stellvertreter nehmen, für den Stellvertreter in rein factischen S. 85.
Dingen[24]. Ich sehe wenigstens keine Möglichkeit ab, diese Annahme abzuwehren, denn wie anders sollte sich der Jurist den Gegensatz zwischen procurator und institor gedacht haben? Da der institor alle Rechtsgeschäfte, die zum Betrieb des Geschäfts nöthig sind, abschließen darf, so bleibt als Gegensatz und mithin als Gegenstand der Dienstleistungen des procurator nichts übrig, als das rein Factische der Beaufsichtigung des Personals[25].

Der zweite Punkt betrifft den rechtlichen Charakter der Lehrjungen. Aus unserer Stelle geht hervor, daß der Lehrling eines Handwerkers nicht ohne Weiteres als institor zu betrachten ist. Dagegen lehrt Paulus in seinen Sent. rec. II. 8 § 3: quod cum discipulis eorum, qui officinis vel tabernis praesunt, contractum est, in magistros vel institores tabernae in solidum actio dabitur, und nach dem Werk, dem diese Stelle angehört, müßte dies ein feststehender Satz der römischen Praxis gewesen sein, was andererseits freilich schwer hält zu glauben. Wahrscheinlich wird der westgothische Epitomator des Werks, der

---

24) Namentlich ward der Verwalter eines Guts so genannt. S. Freund, Wörterbuch unter procurator u. Columella de R. R. I. 6. Veget. ars veter. Praef. In derselben Bedeutung wie Ulpian gebraucht den Ausdruck Quinct. Declam. 345: quod per dispensatores foeneratis, quod familiam per procuratores continetis.

25) Derselbe Gegensatz, den l. 11 § 6 de inst. act. (14. 3) so ausdrückt: magis custodis est loco, quam institoris.

II. Jahrg. Bd. II. nicht selten geändert und gekürzt hat[26]), die näheren Voraussetzungen, welche Paulus hinzufügte, ausgelassen haben. Für das heutige Recht hat die Frage kein weiteres Interesse, da die betreffende Stelle von Paulus von den Compilatoren in die Pandekten nicht aufgenommen ist.

S. 86. Der dritte bemerkenswerthe Punkt ist eine Entscheidung am Ende der Stelle, der zufolge dem Kunden die act. locati (operis) gegen den Meister gegeben wird. Das Beachtenswerthe darin ist nämlich die Freiheit, mit der der Jurist den Begriff des Consenses und den des Miethcontractes handhabt. Den ersteren — denn das Object des zwischen dem Meister und Kunden angenommenen Vertrages ist im voraus noch gar nicht bestimmt, der Consens des einen Theils mithin ein ganz allgemeiner und eventueller. Da der Vertrag unmittelbar zwischen beiden Personen zu Stande kommt, so ist es gleichgültig, ob der Lehrling, dem die Kleider übergeben werden, institor war oder nicht, die Annahme derselben von seiner Seite fällt unter den Gesichtspunkt der rein factischen Dienstleistung des Gehülfen. Rücksichtlich des zweiten Begriffs abstrahirt Ulpian von dem von Gajus in l. 22 de praes. verb. (19. 5) und darnach in § 1 J. de loc. (3. 25) für diesen Vertrag aufgestellten Requisit einer im voraus bestimmten merces. Dasselbe beruhte auf theoretischer Aengstlichkeit und hatte keinen vernünftigen praktischen Grund. Heutzutage, wo die beiden Wirkungen, die sich an den Unterschied zwischen der act. praescr. verb. und act. loc. knüpfen, die verschiedene Formulirung der Klage und das jus poenitendi bei Innominatcontracten hinweggefallen sind, ist es eine Gedankenlosigkeit, oder, wie Justinian sagt, antiquae subtilitatis ludibrium[27]), den Unterschied selbst beizubehalten und mit Gajus und Justinian den

---

26) Man vergleiche Hommel, Palingenesia tom. II, Paul., Sent. rec. p. 227—268.

27) l. un. Cod. de med. jur. Quis (7. 25) . . . nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum et superfluum verbum.

Begriff der locatio von der merces certa abhängig zu machen, II. Jahrg. Bd. II.
bei Nichtvorhandensein aber einen Innominatcontract anzunehmen.

III. Hingabe auf fremden Namen.

Eine Bemerkung Scheurl's (S. 2, 3) hat mir Veranlassung gegeben, einen bisher unangefochtenen Satz einer unbefangenen Prüfung zu unterwerfen, und ich bin, nachdem der Verlauf meiner Untersuchung mehr und mehr Zweifel an der Richtigkeit desselben in mir hervorrief, schließlich zu der entschiedenen Ueberzeugung seiner Unhaltbarkeit gelangt. Der Satz, um den es sich handelt, ist die Behauptung, daß man nach römischem Recht aus den Verträgen eines nicht beauftragten Dritten keine directe Klage erwerbe, und der Satz, den ich meinerseits demselben entgegensetze, ist die Behauptung, daß derselbe bei allen Rechtsgeschäften, bei denen durch Hingabe eine directe oder eventuelle Verpflichtung zur Zurückgabe begründet wird, also nicht bloß bei den benannten Realcontracten, sondern auch bei der Dos, Donatio propter nuptias, der Schenkung, der Zahlung einer Nichtschuld u. s. w. eine Ausnahme erleidet, insofern hier die Hingabe auf Namen der dritten Person erfolgt ist. Obgleich meine Untersuchung über die Bemerkung Scheurl's, welche mich auf dieselbe geführt hat, weit hinausgeht, so will ich sie doch zunächst an letztere anknüpfen. S. 87.

In meiner Abhandl. S. 130 u. fl. hatte ich den Versuch gemacht, den Begriff des Gehülfen zur Erklärung eines anscheinend höchst singulären Satzes aus der Theorie des Darlehns zu verwenden. Der Strenge nach müßte nämlich die zum Darlehn gegebene Sache (ich will im Folgenden nur von Geld sprechen) unmittelbar aus dem Vermögen des Darleihers in das des Empfängers gelangen, es müßte mithin bei Uebersendung des Geldes durch eine Mittelsperson der Kläger den Beweis führen, daß die abgelieferten Geldstücke mit den von ihm der Mittelsperson einge-

II. Jahrg. Bd. II. händigten identisch gewesen seien[28]. Die an Unmöglichkeit S. 88. grenzende Schwierigkeit dieses Beweises führte die römische Praxis dazu, den Beweissatz dahin zu ermäßigen: daß die Mittelsperson im Namen des Klägers so und so viel Geldstücke abgeliefert habe, ohne dem Beklagten die Frage von der Identität derselben zum indirecten Gegenbeweis vorzubehalten. Mit dieser prozessualischen Regel war der materielle Rechtssatz gewonnen, daß M aus eigenem Vermögen im Namen des A ein Darlehn geben könne. Wollte man diesen Satz mit der Theorie des Darlehns in Harmonie bringen, so mußte man sagen: M wird nach einer praesumtio juris et de jure stets als Ueberbringer betrachtet, d. h. er gilt als Gehülfe, auch wenn er in Wirklichkeit als Stellvertreter gehandelt hat.

Mit dieser Auffassung hat sich Scheurl, insoweit es sich dabei bloß um das Geben handelt, einverstanden erklärt, dagegen einen andern Punkt, den ich bei meiner Darstellung übergangen hatte, da es mir bei derselben nur auf die juristische Charakteristik des Ueberbringens ankam (S. 130), in Anregung gebracht, und ich benutze gern die mir dadurch gewordene Gelegenheit, meine dortigen Ausführungen zu vervollständigen. Dieser Punkt betrifft den beim Darlehn wie bei jedem Vertrag erforderlichen Consens zwischen beiden Parteien. Das Darlehn, sagt Scheurl[29], besteht aus zwei Elementen, der res und dem Consens. Das erste Requisit kann die Mittelsperson dem Darleiher abnehmen, nicht aber das zweite. Immer ist also ein eignes Wollen desselben erforderlich, die Mitwirkung der Mittelsperson S. 89. kann rücksichtlich dieses Elements mithin nur in der Mittheilung dieses Wollens bestehen, die Hingabe eines Darlehns auf Namen einer Person, die dazu keinen Auftrag gegeben, ihr also

---

28) Der Kürze wegen gebrauche ich zur Bezeichnung der Personen Buchstaben. A ist die Person, in deren Namen der Realcontract geschlossen, B der Empfänger, M Mittelsperson, Geber.

29) Schon in der Münchener Ueberschau I. S. 328, 329 hatte er sich in diesem Sinn ausgesprochen.

nicht die Darlehnsklage verschaffen, selbst dann nicht, wenn sie hinterher ratihabirt. Eine andere Ansicht, die schon von altersher viele Anhänger zählt[30]), geht davon aus, daß die Ratihabition einer unbeauftragten Geschäftsführung wie anderwärts, so auch hier das Mandat ersetze. Die Möglichkeit einer solchen Ratihabition müßte freilich vom Standpunkt dieser Ansicht aus streng auf den Fall einer wirklichen Geschäftsführung beschränkt werden, es würde mithin eine Schenkung des M an den A sich in dieser Weise nicht bewerkstelligen lassen. Noch weiter geht Heimbach der Jüngere[31]), indem er von dem vorausgehenden oder nachfolgenden Willen des A völlig absieht, dagegen andererseits eine Beschränkung, die freilich praktisch ohne allen Werth ist, hinzufügt, nämlich daß dem A nicht die actio pecuniae creditae, sondern die von ihr zu unterscheidende cond. certi zu gewähren sei. II. Jahrg. Bd. II.

Meiner Ansicht nach ist es nun vollkommen gleichgültig, ob die Zustimmung des A vorausgeht oder nachfolgt, ob M animo negotia gerendi oder donandi das Darlehn gibt, in allen Fällen ist dem A sofort ohne sein Wissen und Wollen die Klage aus dem Darlehn erworben. Bevor ich diese Behauptung aus S. 90. den Quellen erweise, scheint es mir unerläßlich, die Opposition des juristischen Gefühls, auf die sie voraussichtlichermaßen bei manchen meiner Leser stoßen wird, zu beseitigen. Die vorgefaßte Meinung, als ob sie eine juristische Unmöglichkeit enthielte, hat es bewirkt, daß man die Quellen in der willkürlichsten Weise interpretirt hat, und ich glaube darum schon halb gewonnenes

30) Siehe die Interpreten zum Titel de reb. cred. (12. 1) ad l. 9 § 8, namentlich Merillius (Otto, Thes. III. p. 666), Barclajus (Otto, p. III. 847). Noodt, O. O. II. 276, 277, sodann von Neueren Glück, Comment. Bd. 12 S. 22, Buchka, Lehre von der Stellvertretung S. 84. Ebenso die Glosse zu l. 9 § 8 cit. ad voc. voluntate: et ratum non habeas, und das Scholium zu den Basiliken (lib. XXIII. tit. 1, l. 9 § 8) bei Heimb. p. 600, Nr. 19.

31) Die Lehre vom Creditum S. 171, S. 185.

II. Jahrg. Bd. II. Spiel zu haben, wenn ich den Leser von der Irrigkeit jenes Vorurtheils überzeugt haben werde.

Ich stelle mich auch hier wieder auf einen Standpunkt, der meiner Ueberzeugung nach für die Erläuterung des römischen Rechts noch viel zu wenig benutzt ist [32]), den des prozessualischen Beweises. A klagt vom B ein Darlehn ein, welches er ihm angeblich durch M hat auszahlen lassen. Was hat A zu beweisen? Beide Elemente des Darlehns: die res und den consensus. Der Beweis des letzteren würde sich auflösen in drei Punkte: 1) daß A den Willen gehabt, dem B das Darlehn zu geben und 2) denselben dem B (sei es unmittelbar oder durch M) mitgetheilt und 3) letzterer seinerseits seine Zustimmung geäußert habe. Ich nehme nun an, A hatte in der That dem M Auftrag gegeben, allein er kann den Auftrag nicht beweisen, andererseits aber läugnet B nicht, daß M ihm das Darlehn im Namen des A eingehändigt, sich also ihm gegenüber als Mandatar des A gerirt habe. Hier müßte A der Strenge nach abgewiesen werden. Allein eine solche Strenge war rücksichtlich dieses Punktes ebenso unerträglich und unpraktisch, wie rücksichtlich des Beweises der
S. 91. res (S. 132 a. a. O.); hier wie dort bedurfte es einer Erleichterung des Beweises. Rücksichtlich des letzteren Punktes gewährte man dieselbe dadurch, daß man von dem Kläger nur den Beweis der Ablieferung der geforderten Summe in seinem Namen verlangte, man warf also alles Gewicht auf die Handlung des M und erklärte ein Recurriren auf die derselben vorhergehenden und sie veranlassenden Umstände für überflüssig, oder richtiger, man schnitt dasselbe für beide Parteien völlig ab (S. 132 unten); die abgelieferten Geldstücke galten vermöge einer praesumtio juris et de jure für die von A gegebenen.. War nun dieselbe Behandlungsweise rücksichtlich des

32) Ich habe dies mit Beispielen näher ausgeführt in der demnächst erscheinenden zweiten Abth. des zweiten Bandes von meinem Geist des röm. R. S. 347—352 (in den spätern Auflagen ausgelassen).

zweiten Elements, des Consenses, minder zulässig? Der Consens II. Jahrg. Bd. II.
ist dem Darlehn nicht wesentlicher, als die res, und wenn rücksichtlich der letzteren die Ablieferung im Namen des Klägers für genügend erachtet ward, um darauf hin die res, d. h. die Provenienz der Geldstücke aus seinem Vermögen anzunehmen, so konnte man dieselbe Thatsache mit demselben Recht als ausreichend anerkennen, um darauf hin den Consens zu vermuthen. Und ließ man gegen jene Annahme keinen Gegenbeweis zu, warum gegen diese? Die Ausschließung desselben war in dem einen Fall nicht minder noch mehr gerechtfertigt, als in dem andern.

So stellte sich also bei einem durch eine Mittelsperson contrahirten Darlehn der Beweissatz einfach dahin, daß dieselbe im Namen des Klägers dem Beklagten die geforderte Summe zum Darlehn gegeben habe. Das Verhalten und die Mitwirkung des Klägers dabei, sein Eigenthum und Consens, sein Verhältniß zur Mittelsperson, kurz alle sonstigen Umstände kamen gar nicht weiter in Betracht. Mit dieser zunächst rein prozessualischen Festsetzung war aber, wie rücksichtlich der res der materielle Rechtssatz, daß die Mittelsperson eignes Geld geben könne, so rücksichtlich des Consenses der S. 92.
Satz gewonnen, daß man auf Namen eines Andern ohne dessen Wollen und Wissen ein Darlehn geben könne. Wollte man diese Consequenz nicht, so durfte man auch die Bestimmung, aus der sie floß, nicht zulassen, wollte man letztere, so mußte man sich jene gefallen lassen, eins ohne das andere war nicht möglich. Ich sage: „gefallen lassen" vom Standpunkt der strengen juristischen Theorie aus, denn im Uebrigen, d. h. für den Verkehr, wäre die Vorstellung des Unbequemen, Unliebsamen, die sich mit diesem Ausdruck verknüpft, eine durchaus unrichtige. Im Gegentheil waren jene beiden Sätze dem Verkehr höchst bequem und werthvoll. Wie aber fand sich die Jurisprudenz mit ihnen ab, wie vereinigte sie dieselbe mit der Theorie des Darlehns? Ganz einfach dadurch, daß sie sagte: vermöge rechtlicher Annahme gilt M sowohl für die res als den consensus

II. Jahrg. Bd. II. stets als Bote, der A aber als das eigentliche Subject des Vertrages. Vermöge dieser Auffassung gab man einer Bestimmung, die der Sache nach eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen enthält, eine Wendung, in der sie sich der Form nach mit ihnen vertrug.

Für den Vorgang, den ich hier angenommen, nämlich die Rückwirkung eines die Beweisfrage betreffenden, also prozessualischen Satzes auf das materielle Recht, bieten sich vielfache Analogien dar. Statt aller andern verweise ich auf die Bestimmung von Justinian in l. 14 Cod. de contr. stip. (8. 38) [33]), wornach bei einer Klage aus einer Stipulation die in der Urkunde bezeugte Abschließung derselben unter Gegenwärtigen absolute Beweiskraft haben und dem Beklagten nur der Beweis des Alibi (seiner selbst oder des Gegners) am Tage der Ausstellung nachgelassen werden
S. 93. soll. Darin steckte der materielle Rechtssatz, der für die Lehre von den Stipulationen kaum eine geringere Singularität enthielt, als der von uns behauptete für die Lehre vom Darlehn: Stipulationen können unter Personen, die an demselben Orte anwesend sind, schriftlich errichtet werden. Durch eine ähnliche rein prozessualische Bestimmung änderte dieselbe Constitution einen Fundamentalsatz des ältern Rechts rücksichtlich des Erwerbs durch Sklaven. Justinian verordnete nämlich, daß, wenn bei Abschluß eines Contractes durch einen Sklaven letzterer im Vertragsinstrument als Sklave desjenigen, dem die Forderung zugedacht war, angeführt sei, dies schlechthin angenommen werden solle. Darin lag der Rechtssatz: man kann sich bei Abschließung schriftlicher Verträge durch fremde Sklaven vertreten lassen. Dieses letztere Verhältniß hat mit dem unsrigen die größte Aehnlichkeit; bei beiden gilt die Mittelsperson vermöge rechtlicher Fiction als das, wofür sie sich beim Abschluß des Geschäfts ausgibt, dort als unser Sklav, hier als unser Gehülfe.

Die ganze bisherige Erörterung hat nur einen hypothetischen

---

33) Gneist, Die formellen Verträge S. 260, 261.

Werth, indem sie nämlich einen Rechtssatz bereits zu erklären II. Jahrg. Bd. II.
sucht, dessen Existenz noch gar nicht nachgewiesen ist. Den Beweis desselben will ich dadurch einleiten, daß ich zunächst einige andere Rechtsverhältnisse vorführe, bei denen der Satz, den wir für das Darlehn erst suchen und darthun müssen, außer allem Zweifel ist, nämlich die Zahlung, die Dos und donatio propter nuptias.

Für die Zahlung gilt bekanntlich das Prinzip: alium pro alio solvere posse vel invito debitore[34]. Man hat sich gewöhnt, in demselben nichts Auffälliges zu erblicken, und die römischen Juristen haben uns dazu das Vorbild gegeben, allein enthält S. 94.
dasselbe in der That nicht eine Ausnahme von der Regel des römischen Rechts über die Unzulässigkeit der Stellvertretung? Man erwidert: nein, denn die Zahlung ist ein Geschäft, das von vornherein keineswegs auf den Schuldner beschränkt ist, der Dritte, der sie leistet, „bringt zwar eine Wirkung für den Schuldner hervor, aber ohne daß er darum das Rechtsgeschäft für ihn abgeschlossen hätte, ohne daß letzterer, insofern er nicht den Auftrag gegeben, als Zahlender angesehen würde"[35]. Allein ich kann mich nicht überzeugen, daß in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen Zahlung und Abschluß eines Contracts vorhanden sei. Gehört das erstere Rechtsgeschäft weniger zu meinem Geschäftskreis, als das letztere, ist die Ausschließlichkeit seiner Beziehung zu mir und seiner Wirkung auf mich bei ihm eine geringere, als bei jenem? Das Charakteristische der Zahlung liegt darin, daß sie erzwungen werden kann und den Schuldner liberirt; nach beiden Seiten hin erscheint letzterer, um einen römischen Ausdruck darauf zu übertragen, als dominus negotii. Der Dritte, der für ihn zahlt, nimmt ein negotium alienum vor, daß ihn selbst gar nichts angeht, zu dem weder der Gläubiger ihn zwingen kann, noch das für ihn Wirkungen äußert, und zwar lediglich in der Absicht, daß der Schuldner liberirt werden soll. Ich wüßte nicht, was ihm

34) l. 23, 40, 53 de solut. (46. 3).
35) Puchta, Vorlesungen § 52.

II. Jahrg. Bd. II. zum Stellvertreter fehlen sollte. Die Befreiung des Schuldners stützt sich nicht darauf, daß der Gläubiger das, was er vom Schuldner zu fordern, erhalten hat, nicht auf den Gesichtspunkt des bloßen Habens. Unter dieser Voraussetzung müßte der Schuldner auch dann frei werden, wenn der Dritte in der Meinung, selbst der Schuldner zu sein, Zahlung geleistet hätte. Dies ist aber bekanntlich nicht der Fall[36]. Nicht also der Erfolg der
S. 95. Zahlung für den Gläubiger, daß sie nämlich ihm das verschafft hat, was er haben soll, liberirt den Schuldner, nicht eine, so zu sagen, subjectiv beziehungslose Zahlung[37], sondern der Umstand, daß dieser Erfolg von ihm selbst hervorgebracht wird, daß nicht ein beliebiger Dritter, sondern daß, wenn auch durch dessen Vermittelung, immer der Schuldner es ist, der zahlt. Die Fassung der Regel: alium pro alio solvere posse entspricht mithin nur dem natürlichen, nicht aber dem juristischen Sachverhältniß; mit Rücksicht auf letzteres müßte sie lauten: debitorem per alium solvere posse. Es ist also meiner Meinung nach durchaus falsch, wenn Puchta behauptet: der Schuldner gilt nicht als ein selbst Zahlender. Der schlagendste Gegenbeweis liegt darin, daß bei Zahlung einer Nichtschuld nicht dem Dritten, sondern dem angeblichen Schuldner, auf dessen Namen dieselbe geleistet ist, die condictio indebiti zugestanden wird[38], denn da diese Klage demjenigen gewährt wird, der gezahlt hat, so folgt daraus, daß der Schuldner als Zahlender gilt.

Das Abweichende der obigen Regel von den allgemeinen

---

36) l. 31 pr. de her. pet. (5. 3) .. nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat, l. 19 § 1 de cond. ind. (12. 6), l. 38 § 2 de solut. (46. 3).

37) Darum bleibt ipso jure der Schuldner selbst dann haftbar, wenn der Gläubiger bei der Verbürgung in Form des Creditauftrags den Bürgen oder Mandator zur Zahlung gezwungen hat, l. 28 Mand. (17.) ... solvit enim suo nomine.

38) l. 47, 57 pr. de cond. ind. (12. 6), l. 6 § 3 ibid. . . neque interesse suam pecuniam an pupilli vel domini solvant, l. 6 Cod. ibid. (4. 5) .. ei, cujus nomine soluta est, restitui.

Grundsätzen liegt demgemäß nicht darin, daß sie die Zahlung von II. Jahrg. Bd. II.
ihrer ausschließlichen Beziehung zum Schuldner ablöst (wovon die Zulässigkeit der Vornahme derselben durch jeden Dritten eine nothwendige Consequenz wäre), daß sie so zu sagen die Zahlung zu einem Popular-Rechtsgeschäft erhebt, sondern darin, daß sie S. 96.
ausnahmsweise die Vornahme derselben durch einen Stellvertreter zuläßt. Der Zahlende zahlt auf Namen des Schuldners, er handelt als Stellvertreter. So wenigstens der Sache nach. Der juristischen Form nach konnte man auch hier den Stellvertreter in derselben Weise, wie oben rücksichtlich des Darlehns ausgeführt ist, unter den Gesichtspunkt des Boten bringen.

Das zweite Verhältniß, das sich für unsere Frage in Bezug nehmen läßt, ist die Dos. Auch für sie gilt der Satz, daß die Handlung einer nicht beauftragten Person für eine andere rechtliche Wirkungen erzeugt. Aus der Bestellung der Dos nämlich von Seiten des Vaters der Frau oder irgend eines Dritten erwirbt bekanntlich die Frau selbst die Dotalklage, was Ulpian, Fragm. VI. § 2 mit den Worten ausdrückt: dare promittere dotem omnes possunt. Diese Formulirung könnte ähnlich wie die des entsprechenden Satzes bei der Zahlung dem Gedanken Raum geben, als bestehe auch hier die Abweichung nicht darin, daß die Grundsätze über die Stellvertretung verlassen seien, sondern darin, daß ein Geschäft, welches an sich der Frau oder ihrem Vater zukomme, jedem Dritten zugänglich gemacht, zu einem, um den obigen Ausdruck zu gebrauchen, Populargeschäft erhoben sei. Allein auch hier muß ich dieser Idee aufs entschiedendste entgegentreten. Die Bestellung der Dos erfolgte immer für und im Namen der Frau [39]), es ist so gut, als ob die Frau selbst bestellt hätte, die Handlung des Dritten fällt unter den Gesichtspunkt der Stellvertretung. Dieser Gesichtspunkt, den wir bei den andern

---

39) S. eine reiche Auswahl von Stellen bei Buchka, Stellvertret. S. 93. Daß die Frau genannt werde, ist nicht nöthig, insoweit der Name sich schon aus den Umständen ergibt.

II. Jahrg. Bd. II. Verhältnissen nur auf dem Wege der Deduction haben gewinnen S. 97. können, wird für die Dos geradezu in den Quellen ausgesprochen. Alio pro ea offerente dotem, heißt es in l. 9 Cod. de pact. conv. (5. 14) ipsa eam pro se videtur offerre. Ob der Dritte in Folge Auftrags handelte oder nicht, ist völlig gleichgültig, prozessualisch genügt der Beweis der Bestellung, so zu sagen der objectiven Seite des Akts, ohne daß die subjective Seite, das Verhältniß des Bestellers zur Frau, irgendwie in Betracht käme. Für den Dritten hat der Akt gar keine Wirkung, nicht einmal die, daß das Recht der Frau der juristischen Vorstellung nach durch seine Person hindurchginge, von ihm durch eine act. utilis abgeleitet würde. Darum kann er, sobald der Akt der Bestellung hinter ihm liegt, denselben zum Nachtheil der Frau in keiner Weise mehr alteriren [40]. Dasselbe, was von der Frau, gilt auch von dem Vater derselben, d. h. es kann ein Anderer in seinem Namen die Dos bestellen mit der Wirkung, daß dieselbe als dos profectitia gilt, ihm mithin die Rückforderung zusteht [41].

In der soeben citirten Codexstelle wird derselbe Satz, den sie für die Dos anerkennt, nämlich, daß es sich völlig gleichstehe, ob die Frau dieselbe selbst bestelle, oder ein Anderer für sie, mit denselben Worten auch für die donatio propter nuptias ausgesprochen: sive pater pro filio, sive mater sive ipse ducturus uxorem sui juris constitutus sive quilibet alius pro eo ante nuptias donationem nupturae dederit seu promiserit, und zwar nicht etwa mit Beziehung auf das Recht des Empfängers der d. p. n., sondern dessen, in dessen Namen sie bestellt wird.
S. 98. Wir erhalten demnach damit einen dritten Fall, in dem Jemand nach römischem Recht unzweifelhaft auf Namen eines Andern und mit directer Wirkung für denselben ein Rechtsgeschäft vornehmen konnte.

Alle drei Fälle haben das Gemeinsame, daß auf Namen einer

40) l. 7, l. 20 § 1 de pact. dot. (23. 4), l. 29 pr. solut. mat. (24. 3), l. 9 i. f. Cod. de pact. conv. (5. 14).

41) l. 5 § 2 de J. D. (23. 3).

dritten Person etwas gegeben oder geleistet wird, denn auch II. Jahrg. Bd. II.
wenn die Dos oder donatio p. nupt. bloß versprochen ist,
gilt sie für die Frau beziehungsweise Denjenigen, in dessen Namen
es geschehen, als bestellt, sie soll nicht erst zur Existenz kommen,
sondern sie existirt bereits. Wenn nun das römische Recht diese
Zahlung, Hingabe oder Bestellung auf Namen der dritten Person
für völlig wirksam erklärte, ist es dann so unglaublich, daß es
dasselbe nicht auch beim Darlehn sollte gethan haben? Das Verhältniß ist ganz dasselbe. Rücksichtlich der Zahlung konnte man
sich der Wahrnehmung des wahren Sachverhältnisses, daß es sich
bei ihr nämlich in Wirklichkeit um eine Ausnahme von dem Prinzip der Unzulässigkeit der Stellvertretung handelt, noch am ersten
entziehen. Allein nicht so bei der Dos. Denn wenn man einmal
die Regel aufstellt: es könne Niemand einem Andern durch seinen
Vertrag eine Klage erwerben, enthält dann die obige Bestimmung bei der Dos nicht eine Ausnahme davon, und wenn man
dies zugeben muß, ist dieselbe anderer Art, als der von mir für
das Darlehn behauptete Satz? Nach Buchka[42]) flösse dieselbe
„aus dem eigenthümlichen Wesen der Bestellung einer Dos, indem
es sich bei derselben zunächst nur um die Vermehrung des dem
Manne gehörigen Vermögens handele, die für die Frau entstehenden Rechte dagegen secundärer Art seien, erst eintretend bei Auflösung der Ehe und beruhend auf gesetzlicher Bestimmung.“ Allein
ich frage, passen dieselben Worte nicht gerade so auf ein auf fremden Namen gegebenes Darlehn? Handelt es sich auch hier nicht S. 99.
zunächst ebenso um eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers, und ist nicht, wenn Buchka das Recht der Frau auf
Rückforderung einmal als secundär bezeichnen will, das des Klagberechtigten beim Darlehn ebenso secundär? Wenn das Recht der
ersteren erst mit Auflösung der Ehe entsteht, so das des letzteren
bei einem auf bestimmte Zeit oder auf Kündigung gegebenen Darlehn erst mit Ablauf der Zeit oder der Kündigung, und wenn

42) Lehre von der Stellvertretung S. 93, 94.

II. Jahrg. Bd. II. ersteres nach Buchka auf gesetzlicher Bestimmung beruht, so letzteres ebenfalls oder richtiger: beide beruhen darauf, daß die Hingabe auf Namen der zur Rückforderung berechtigten Person erfolgt ist, und das Gesetz hat in dem einen Fall nicht mehr oder weniger gethan, als in dem andern.

Ich wende mich jetzt der quellenmäßigen Begründung meiner Ansicht zu. Das Quellenmaterial läßt sich in drei Gruppen zerlegen. Die erste umfaßt solche Stellen, welche den Satz enthalten, daß man mit Wissen und Wollen des A auf dessen Namen ein Darlehn geben könne; dahin gehören die l. 2 § 4 de R. Cr. (12. 1), die l. 9 § 8 und l. 15 ibid. und die l. 34 pr. Mand. (17. 1). Diese Stellen haben für unsere Frage überall keine Bedeutung, denn der Inhalt derselben ist kein ausschließlicher, sie sagen nicht, daß der Abschluß des Darlehns in der angegebenen Weise nur mit Wissen und Wollen des A möglich sei, wie denn die eine von ihnen, die l. 9 § 8 cit. ausdrücklich zugleich den Fall des Nichtwissens und Nichtwollens erwähnt. Die zweite Gruppe besteht aus solchen Stellen, welche ganz allgemein die Möglichkeit einer Stellung des Darlehns auf fremden Namen lehren, ohne das Verhalten des Dritten, das Wissen oder Nichtwissen, Wollen oder Nichtwollen desselben zu erwähnen; zu ihnen gehören die
S. 100. l. 35 § 2 de don. (39. 5), l. 126 § 2 de V. O. (45. 1) verb.: plane, und l. 2 Cod. per quas pers. (4. 27). Gäbe es nun nicht noch endlich zwei Stellen, die l. 9 § 8 cit. und die l. 4 Cod. si cert. pet. (4. 2), welche jene Möglichkeit selbst für den Fall des Nichtwissens und Nichtwollens bezeugen, so würde es keinen Anstand haben, die Stellen der zweiten Gruppe durch die Annahme, daß sie das Wissen und Wollen stillschweigend voraussetzen, mit denen der ersten in Einklang zu bringen. Allein die Existenz der dritten Gruppe schließt diese Möglichkeit aus und verleiht denen der zweiten damit zugleich Beweiskraft für unsere Ansicht, indem sie uns nöthigt, den in ihnen ausgesprochenen Satz in der allgemeinen Fassung zu nehmen, in der sie ihn aufstellen.

Es ist begreiflich, daß von Seiten der Vertheidiger der herr-

schenden Ansicht alle Kunst aufgeboten werden mußte, um diese Stellen zu beseitigen. Und daran hat es denn auch nicht gefehlt. Allein wer unbefangenen Sinnes die gezwungenen und gewaltsamen Deutungen, zu denen man seine Zuflucht genommen hat, betrachtet, wird sich schwerlich dadurch verführen lassen. Ich will die Stellen jetzt einzeln vorführen. II. Jahrg. Bd. II.

1) Die l. 9 § 8 de R. Cr. (12. 1). Ulp. lib. 26 ad Edictum.

Si nummos meos tuo nomine dedero velut tuos absente te et ignorante, Aristo scribit acquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro 10 scribit veram esse Aristonis sententiam, nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine voluntate tua dedero, tibi acquiratur obligatio, cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor meus et futuro debitori nostro.

Der Schlußsatz ist, sowie ich ihn hier nach der Florent. mitgetheilt habe, offenbar corrumpirt, und die Conjecturalkritik S. 101. hat sich vielfach abgemüht, ihn zu emendiren[43]), allein ohne daß es ihr meiner Ansicht nach bis jetzt gelungen wäre. Der Sinn ist übrigens klar, und insofern haben diese Emendationen kein weiteres Interesse.

Die von mir vertheidigte Ansicht kann kaum bestimmter ausgesprochen werden, als es hier mit den Worten: absente te et ignorante geschieht. Allein man hat sich durch diese Worte nicht

---

43) S. Schulting, Notae ad. Dig. ad. h. l. Der Fehler steckt nicht bloß in den Worten meus et, sondern auch in creditor, denn der »alius« im Vorhergehenden kann nicht hinterher sich in einen »creditor« von uns verwandeln, und der Auftrag läßt sich keineswegs bloß an den Gläubiger ertheilen. Darum beruht die Lesart mancher Handschriften: creditor numeret offenbar auf Conjecturalkritik. Nach den Basiliken XXIII. 1, l. 9 § 8, wenn dieselben sonst nichts hineingetragen haben, muß Ulpian gesagt haben: auf unseren Namen und unsere Rechnung, also vielleicht nostro nomine periculoque det.

II. Jahrg. Bd. II. abschrecken lassen. Es soll hier nämlich stillschweigend ein Mandat vorausgesetzt sein, die Worte sollen nur sagen: obgleich du im Moment der Ausführung des Mandats als Abwesender nicht darum wußtest. So Savigny, dem Buchka und Scheurl darin gefolgt sind[44]). Von ältern Juristen hatte schon Ribeira[45]) diesen Ausweg vorgeschlagen, allein ohne Anklang zu finden, und ich unterschreibe durchaus das Urtheil, das Glück[46]) darüber fällt: „Diese Erklärung ist offenbar erzwungen und dem ganzen Zu-
S. 102. sammenhang zuwider." Ersteres — denn sie unterstellt dem Aristo den argen Fehler, ein angeblich durchaus wesentliches Moment: den vorausgehenden Auftrag, verschwiegen und dafür ein sich eben so sehr von selbst verstehendes, als völlig einflußloses Moment: nämlich daß der Mandant als Abwesender bei der Ausführung nicht zugegen gewesen und sie folglich nicht habe wissen können, betont zu haben. Dieses, — denn der Zusammenhang der Stelle beruht eben darauf, wie dies auch alle ältern Interpreten mit Ausnahme von Ribeira annehmen, daß zwei Fälle unterschieden werden, der erste der des Aristo, dessen Ansicht Julian mit den Worten veram esse A. sententiam billigt, und sodann der zweite, den Julian als einen völlig unzweifelhaften (nec dubitari) allbekannten (cum quotidie etc.) hinzufügt; si voluntate tua dedero, und zwar in der Absicht hinzufügt: um dadurch die Meinung des Aristo rücksichtlich des ersten Falls zu unterstützen. Julian will also sagen: daß man im Auftrage eines Andern den Contract auf dessen Namen stellen dürfe, ist völlig unzweifelhaft; wenn aber dies, so wird man dasselbe auch ohne vorausgehenden Auftrag gestatten dürfen. So wird es be-

---

44) System IV. S. 123 Anm. Buchka a. a. O. S. 85 schließt sich ihm ausdrücklich, Scheurl S. 329 stillschweigend an.

45) Obs. jur. c. 13 (bei Meerman, Thes. tom. V p. 573).

46) Comment. Bd. 12 S. 22. Die herrschende Ansicht der früheren Zeit, zu der Glück selbst sich bekennt, half sich in der oben Note 30 angegebenen Weise durch Annahme des Erfordernisses der Ratihabition. Die Widerlegung derselben erfolgt bei der gleich folgenden l. 4 Cod. si cert.

greiflich, daß Ulpian, von dem jene Stelle herrührt, auf die Autorität von Aristo und Julian Bezug nehmen konnte, während bei der entgegengesetzten Auffassung, wornach alle drei Juristen bloß an den zweiten Fall gedacht haben sollen, es doch mehr als auffällig sein würde, wie Ulpian es für nöthig halten konnte, bei einem Satz, den nicht bloß er selbst in der l. 15 de reb. cred. (12. 1) verb.: recepta sunt als feststehenden Satz der Praxis bezeichnet, sondern den bereits Julian für seine Zeit als unzweifelhafte Thatsache des Verkehrs hinstellte, die Autorität des Aristo und Julian in die Wagschale zu werfen. Ich will übrigens noch bemerken, daß auch die Basiliken (XXIII. 1, l. 9 § 8) die Stelle in diesem Sinn wiedergegeben haben; sie stellen die beiden Fälle ausdrücklich gegen einander über: Si ... dedero absente te et ignorante aut voluntate tua. II. Jahrg. Bd. II. S. 103.

2) Die l. 4 Cod. si cert. pet. (4. 2).

Si absentis pecuniam nomine ejus foenori dedisti ac reprobato nomine mandatis actionibus experiris, praeses provinciae jurisdictionem suam praebebit. § 1. Idem si cessare mandatum (nämlich ad agendum) animadverterit, utilem tibi adversus debitorem eo actionem competere non negabit.

Scheurl selbst gibt zu (S. 329), daß diese Stelle sich mit seiner Ansicht nicht verträgt, wenn man hier unter der Klage, welche dem Abwesenden zugesprochen wird, die Darlehnsklage versteht. Der Anfragende hatte, wenn auch einen generellen Auftrag zur verzinslichen Anlegung des Geldes des A, jedenfalls keinen Auftrag gehabt, es dem B zu leihen, denn in diesem Fall hätte der A das »nomen« nicht reprobiren dürfen. Nichtsdestoweniger wird dem A die Klage zugestanden und zwar nicht bloß, bevor und ohne daß er ratihabirt, sondern trotzdem daß er die Annahme des Postens ausdrücklich verweigert. Vorausgesetzt nun, daß hier die Darlehnsklage gemeint ist, so ist damit nicht bloß die Ansicht von Scheurl, sondern auch die, welche ich oben als herrschende be-

II. Jahrg. Bd. II. zeichnet habe, geschlagen. Aus diesem Grunde will denn Scheurl unter der Klage die condictio sine causa der l. 32 de R. Cr. (12. 1) verstehen. Allein ich halte dies nicht für möglich. Ich will es nicht urgiren, daß weder die Worte des Rescripts, noch die Stellung desselben unter den Titel: si certum petetur (statt unter den tit.: de cond. sine causa) den geringsten Anhaltspunkt dafür bieten, daß Jeder bei unbefangener Ansicht der Stelle
S. 104. die mandatae actiones und die utilis adversus debitorem eo nomine actio auf das im Anfang der Stelle erwähnte foenori dare beziehen wird[47]. Aber ist denn eine cond. sine causa in der Person des A begründet? Wenn einmal das von dem M ohne Wissen des A auf dessen Namen gestellte Darlehn ungültig ist, so würde, wenn der A reprobato nomine seine Deckung beim M sucht, der Empfänger B nicht auf Kosten des A, sondern des M bereichert sein, die Voraussetzung der condict. sine causa mithin nur in der Person des letzteren eingetreten sein. Ob die Geldstücke dem A gehörten, ist dafür gleichgültig; nicht das Eigenthum der Geldstücke bestimmt diese cond., sondern wen schließlich die Deckung, der Verlust trifft, wie ja aus der l. 32 cit. selbst hervorgeht. Man wende mir nicht ein, daß bei Zahlung einer Nichtschuld auf Namen des Prinzipals von Seiten eines Stellvertreters ersterem die cond. indebiti zugesprochen wird, denn sie wird es ja nur darum, weil eine Zahlung auf seinen Namen, eine Stellvertretung bei diesem Akt möglich ist. Wäre sie es nicht, so würde der Umstand, daß bei einem völlig nichtigen Geschäft sein Name genannt ward, für ihn keinerlei Wirkungen haben, und dem Zahlenden die cond. sine causa zustehen.

Gesetzt aber, der A hat im Fall der reprobatio nominis die cond. sine causa, wie im Fall der approbatio? Daß dieselbe

47) So thut es auch Thaläus zu unserer Stelle (Basil. XXIII, 1. l. 48. Heimb. II. p. 645): .. condictionem ex mutuo ... ille enim condictionem habet, cujus nomine mutuum contractum est, non etiam ex stipulatu actionem, si ejus nomine stipulatus sit. Die Glosse ist sich nicht ganz klar.

möglich sei, folgt aus den Worten: reprobato nomine, die sonst II. Jahrg. Bd. II.
keinen Sinn hätten. Scheurl wird ihn ebenfalls auf die cond. sine causa verweisen müssen. Damit aber wäre praktisch für den Verkehr dasselbe erreicht, als ob wir das Darlehn für gültig er- S. 105.
klärt hätten — denn ob der A die gegebene Summe mit der cond. ex mutuo oder der cond. sine causa zurückforderte, wäre im praktischen Resultat ohne allen Einfluß.

3) l. 35 § 2 de donat. (39. 5), Scaevola lib. 3. Dig.

Avia sub nomine Labeonis nepotis sui mutuam pecuniam dedit et usuras semper cepit et instrumenta debitorum a Labeone recepit, quae in hereditate ejus inventa sunt. Quaero, an donatio perfecta esse videatur. Respondit, cum debitor Labeoni obligatus est, perfectam donationem esse.

Die Annahme eines Mandats von Seiten des Enkels an die Großmutter ist hier geradezu unmöglich, da letztere ihrem Enkel schenken will. Die Schenkung ist nach Angabe des Juristen dadurch vollzogen, daß die Großmutter das Geld auf Namen des Enkels ausleiht, weil dadurch der Schuldner demselben verpflichtet ist. Das Bedenken des Fragstellers bestand, wie es scheint, darin, daß die Großmutter für ihre Lebenszeit die Rechte des Gläubigers ausgeübt hatte, indem sie nämlich beständig die Zinsen erhoben und sich die dem Enkel übergebenen Schuldinstrumente hatte zurückstellen lassen. Der Jurist fertigt dieses Bedenken einfach dadurch ab, daß es lediglich darauf ankomme, ob der Schuldner dem Enkel verpflichtet worden sei, und diese Verpflichtung nimmt er auf Grund der mitgetheilten Thatsache an. Diese Thatsache besteht aber lediglich in dem dare sub nomine Labeonis. Von einer Stipulation des Labeo ist dabei keine Rede, obgleich allerdings über die Zinsen eine Stipulation abgeschlossen sein muß, da die Zinsverbindlichkeit bekanntlich nur in dieser Form begründet werden konnte. Savigny[48]) will die Stelle nun in der Weise S. 106.

48) a. a. O. S. 123.

II. Jahrg. Bd. II. beseitigen, daß er den Worten: cum obligatus est eine einschränkende Bedeutung beilegt: wenn der Schuldner verpflichtet ist (also wenn der Enkel stipulirt hatte oder bei der Hingabe des Geldes gegenwärtig war). Das wäre aber ein Responsum, welches seines Gleichen suchen würde. Ganz abgesehen davon nämlich, daß voraussichtlichermaßen Jeder es in einem andern Sinn verstehen mußte, als sein Urheber damit sollte verbunden haben, so würde letzterer den Fragsteller, welcher wissen wollte: ob durch das Ausleihen auf Namen des Enkels die Schenkung perfect geworden, mit der Antwort entlassen: wenn der Schuldner verpflichtet ist, ihn also gerade über den Cardinalpunkt im Unklaren lassen. Daß Schenkungen in der hier angegebenen Weise durch Stellung des Darlehns auf Namen des Donatars vollzogen werden können, hat nach der von mir aufgestellten Ansicht durchaus nichts Befremdendes. Ich werde unten darauf zurückkommen; vorläufig genüge als anderweitiges Zeugniß (die l. 6 Cod. de don. i. V. (5. 16).

4) l. 126 § 2 de V. O. (45. 1), Paul. lib. 3 Quaest.

... Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur.

In dieser Stelle ist von einem Mandat des A an den M keine Rede, und wenn Scheurl S. 329 auch in ihr für seine Ansicht keine Schwierigkeit findet, so ist dies nur unter der Voraussetzung möglich, daß er willkürlicherweise diese Voraussetzung in sie hineinträgt und die Mittelsperson zu einem bloßen Boten des A stempelt. Dies widerstreitet aber dem Zusammenhang der Stelle. Der Jurist geht nämlich bei der Beurtheilung des ihm vorgelegten Falles von dem Satz aus: per liberam personam ... obliga-
S. 107. tionem nullam acquirere possumus, und es bedarf wohl keiner weiteren Bemerkung, daß er hierbei nur an den Stellvertreter denkt, denn daß man sich bei Consensual- und Realcontracten eines Boten bedienen konnte, stand ja außer allem Zweifel. Er

macht sich sodann den Einwurf, daß man doch (plane, freilich, allerdings) ein Darlehn auf fremden Namen abschließen könne, weist denselben jedoch mit dem Bemerken zurück, daß es sich im vorliegenden Fall um eine Stipulation handele, von der nicht dasselbe gelte (quod ... stipulatus est, inutile est). Jener Einwurf hätte gar keinen Sinn, wenn er nicht eine Modification des aufgestellten Prinzips enthielte, wenn nicht beim Darlehn ausnahmsweise die libera persona, ohne Bote d. i. ein bloß communicatives Instrument eines fremden Willens zu sein, einem Andern eine Forderung erwerben könnte. II. Jahrg. Bd. II.

5) l. 2 Cod. per quas pers. (4. 37).

Justinian hebt in dieser Constitution eine Differenz des bisherigen Rechts zwischen Darlehn und Pfandrecht auf, die darin bestanden habe, daß man ersteres auf Namen eines Andern habe stellen und demselben dadurch die persönliche Klage, nicht aber durch seinen Vertrag ein Pfandrecht habe erwerben können. Nun ist es unzweifelhaft, daß nach früherem Recht auch bei dem letzteren Vertrage die Intervention einer Mittelsperson (als Gehülfe) zum Zweck der Communication des beiderseitigen Consenses durchaus nicht ausgeschlossen war[49]), ja die unten abgedruckte Stelle läßt die Mittelsperson selbst ohne Auftrag zu, vorausgesetzt, daß der Gläubiger die von derselben zu seinen Gunsten getroffene Vereinbarung hinterher genehmigt, in welchem Fall er selbst Paciscent wird. S. 108. Offenbar kann also nicht hierin der von Justinian bezeugte bisherige Vorzug des Darlehns vor dem Pfandvertrage gelegen haben, die entscheidenden Worte der Stelle: cum per liberam personam, si pecunia alterius nomine fuerit numerata, acquiratur ei, cujus nomine pecunia credita est, per hujusmodi numerationem condictio können mithin nicht, wie

---

49) l. 21 pr. de pign. (20. 1): Si inter colonum et procuratorem meum convenerit de pignore vel ratum habente me conventionem vel mandante, quasi inter me et colonum convenisse videatur.

II. Jahrg. Bd. II. Scheurl es seiner Ansicht zufolge thun müßte, von einer Mittelsperson verstanden werden, die im Auftrage Jemandes einem Andern ein Darlehn gibt und rücksichtlich des Consenses als bloßer Bote fungirt. Es bleibt demnach als Gegenstand der von Justinian bezeugten Differenz zwischen beiden Verträgen nichts übrig, als der von mir für das Darlehn behauptete Satz. „Von jetzt an," will Justinian sagen, „soll ein von der Mittelsperson ausbedungenes Pfandrecht dem Gläubiger ebenso wie die Darlehnsforderung ipso jure und direct zufallen, ohne daß ein Auftrag oder eine Ratihabition von seiner Seite erforderlich wäre."

Da man nun diese Stelle in der angegebenen Weise nicht aus dem Wege räumen konnte, so hat man sich zur Anwendung des äußersten Mittels entschlossen, Justinian der Unkenntniß oder des Mißverständnisses zu beschuldigen [50]. Als ob ein Satz, der jedem Geschäftsmann geläufig sein mußte und der für den römischen Geldverkehr etwa die Bedeutung hatte, wie z. B. das Indossament eines Wechsels für den heutigen, dem Tribonian hätte unbekannt sein können! Nein! das Mißverständniß ist allerdings vorhanden, aber nicht auf Seiten Justinian's, sondern auf unserer Seite, und nur die Macht eines eingewurzelten Vorurtheils erklärt es, daß sich dasselbe gegenüber den unzweideutigen Aeußerungen der Quellen so unangefochten zu behaupten vermocht hat.

S. 109. Das Resultat der bisherigen Ausführung wird wesentlich dadurch unterstützt, daß derselbe Rechtssatz, den wir darin für das Darlehn nachzuweisen versucht haben, ebenfalls für einen andern Realcontract, das Depositum, anerkannt wird. Die l. 6 Cod. de donat. i. V. (5. 16) behandelt den Fall, daß der Mann in der Absicht, um seiner Frau zu schenken, ihm gehörige Sachen auf deren Namen deponirt hat, und der Kaiser entscheidet, daß hierdurch zwar die Schenkung vollzogen (etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intelligat), dieselbe aber als Schenkung unter

---

50) Buchka, a. a. O. S. 85.

Ehegatten ungültig sei. Wie Savigny[51]) behaupten kann: II. Jahrg. Bd. II.
„Das Dasein wahrer Schenkung würde hier dahin gestellt und nur wegen des durchgehenden Verbots der Schenkung in der Ehe für gleichgültig erklärt," ist mir wahrhaft unbegreiflich. Das Rescript sagt mit dürren Worten das Gegentheil. Obgleich die Stellung des Depositums auf Namen deiner Frau, antwortet der Kaiser, an sich ausreichen würde, um darauf hin (ex hoc) die Schenkung anzunehmen, so ist dieselbe doch aus dem Grunde ungültig, weil die Beschenkte vor dir verstorben ist. Entgegengesetzten Falls wäre sie mithin gültig gewesen.

Die Wirkung eines solchen Vertrages zu Gunsten des Beschenkten würde eine doppelte sein. Zuerst der Anfall der act. depositi directa (letzteres Wort im doppelten Sinn genommen), und zwar ipso jure und ohne weitere Genehmigung von Seiten des Beschenkten, ganz so, wie in den andern oben erörterten Anwendungsfällen unseres Rechtssatzes. Sodann der Erwerb von Besitz und Eigenthum. Diese Wirkung würde jedoch nach bekannten Grundsätzen erst eine Ratihabition von Seiten des Donatars voraussetzen, worüber das Weitere nicht hierher gehört.

Dies die einzelnen Fälle. Daß wir es hier nicht mit einzel- S. 110.
nen Fällen, sondern mit einem, ihnen allen zu Grunde liegenden Prinzip zu thun haben, bedarf keiner Bemerkung. Das Prinzip kann aber nur folgendermaßen lauten: Ueberall, wo auf Grund eines dare eine Verpflichtung zur Zurückgabe entsteht, hängt es von dem Geber ab, durch Vornahme des dare auf Namen eines Andern Letzterem die Forderung zu erwerben. Ich will die einzelnen Momente, die hierin enthalten sind, etwas weiter ausführen.

1) Es handelt sich hier um Obligationen, die ein dare zur Grundlage haben.

Unser Prinzip gilt also nicht bei Verbal- und Consensual-

51) a. a. O. S. 123. Anm. 1.

II. Jahrg. Bd. II. contracten. Der Grund der Verschiedenheit kann nur darin gefunden werden, daß letztere sich ausschließlich auf den Willen (Vertrag) stützen, erstere hingegen auf eine reelle Leistung (res), und wie diese Verschiedenheit von Einfluß werden kann, begreift sich m. E. sehr wohl. Bei jenen nämlich schmiegt sich der Wille nur einem andern Umstand an, er begründet die Obligation nicht lediglich aus sich selbst, sondern er verleiht ihr nur ihre Richtung und zwar nicht etwa in Form eines besonderen Vertrages: „ich gebe, damit du dem A zurückgibst," sondern, so zu sagen, durch Ausstellung eines Ursprungscertificats über die res („Valuta durch M von A" erhalten), der Erfolg der intendirten Operation beruht daher nicht sowohl auf einem Versprechen des B, als auf der widerspruchslosen Annahme der res als aus dem Vermögen des A stammend. Ganz anders bei den beiden andern Arten von Obligationen. Zu einem solchen Anschluß des Willens der Mittelsperson an einen andern Umstand bieten sie gar keinen Raum, denn sie sind nichts als eine Schöpfung des bloßen Willens, sie
S. 111. beruhen ausschließlich auf dem (formellen oder formlosen) Vertrage, der A hat nicht wie dort durch (rechtlich angenommenen) Aufwand eigner Mittel (der res) an ihrer Hervorbringung participirt, so zu sagen, den Samen hergegeben, er würde mithin, wenn ihm die Obligation erworben werden könnte, ernten, wo er nichts gesäet hat — dies widerstreitet aber der Sinnesweise der Römer. An diesen Erwerb durch fremden Vertrag denkt Paulus, wenn er in der bekannten l. 11 de O. et A. (44. 7) die Regel aufstellt: Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt, und darum fügt er als Beispiele hinzu die Stipulation und den Kaufcontract, nicht das Darlehn: ideoque neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat possumus. Das von uns auf fremden Namen gestellte Darlehn gilt juristisch nicht als »noster contractus,« die Obligation »non trahit originem ex nostro contractu,« denn der eigentliche Keim derselben, aus

dem sie originem trahit, ist die res, und letztere stammt juristisch II. Jahrg. Bd. II.
nicht von uns, sondern von dem A. Ich will, um meiner Ansicht nicht durch Gründe zweifelhafteren Werths zu schaden und einem etwaigen Widerspruch Angriffspunkte darzubieten, gar nicht einmal geltend machen, daß die Legaldefinition von contractus in l. 19 de V. S. (50. 16) den Ausdruck in einem so engen Sinn nimmt (zweiseitige Obligation), daß das Darlehn und die Realcontracte unter denselben gar nicht begriffen sein würden, wornach man die Worte contractus und contrahere auch in der l. 11 cit. in diesem beschränkten Sinn nehmen könnte. Denn man würde mir entgegnen, daß sie ebensowohl in einem ganz allgemeinen Sinn gebraucht werden. Ich begnüge mich daher lieber zu sagen: jenes Darlehn gilt juristisch gar nicht als »noster contractus« — eine S. 112.
Auffassung, die oben in ihrer Möglichkeit und Nothwendigkeit nachgewiesen ist.

Dieselbe Erscheinung wie bei der l. 11 cit. wiederholt sich noch anderwärts, nämlich in der bereits oben benutzten l. 126 § 4 de V. O. (45. 1). Auch hier wird die Regel von der Unzulässigkeit der Stellvertretung in einer Allgemeinheit vorgetragen, in der sie auch die Realcontracte treffen würde: per liberam personam obligationem nullam acquirere possumus. Wenn aber der Jurist sofort die uns bekannte Beschränkung rücksichtlich des Darlehns hinzufügt, so bleibt nur die Alternative, daß jene Regel entweder das Darlehn (und die durch res begründeten Obligationen) überall nicht umfassen soll, daß man also mit ihr, wie soeben ausgeführt, nur die Contracte, die auf dem bloßen reinen Vertrag beruhen, treffen wollte, oder aber daß die Römer aus Versehen die Regel zu allgemein gefaßt haben.

Als Ausnahme nennt der Jurist hier das Darlehn offenbar nur darum, weil es sich in dem ihm zur Begutachtung vorgelegten Fall lediglich um dieses handelte. Aber auch ganz abgesehen davon, ist es gleichgültig, ob die römischen Juristen uns die Ausnahmen und den Gesichtspunkt, unter den sie sich zusammenfassen lassen, angeben. Wenn letztere der Sache nach vorhanden sind

II. Jahrg. Bd. II. und auf einen bestimmten Gesichtspunkt hinweisen, so haben wir das Recht und die Pflicht diesen Gesichtspunkt auszusprechen und die Formulirungen römischer Juristen aus den Thatsachen des römischen Rechts zu berichtigen.

Die byzantinischen Juristen waren bereits auf dem besten Wege. Denn nicht bloß, daß sie im anerkennenswerthen Unterschiede von den spätern Juristen sich der Wahrnehmung der Aus-
S. 113. nahme beim Darlehn nicht entzogen[52]), sondern indem sie mit derselben den obigen Rechtssatz bei der condictio indebiti in Verbindung brachten, fühlten sie heraus, daß es sich hier um eine mit der res oder numeratio zusammenhängende Eigenthümlichkeit handle, die aus dem Grunde bei Stipulationen nicht Platz greifen könne[53]). Allein sie haben den Gedanken nicht weiter verfolgt, sie würden sonst gefunden haben, daß derselbe sich keineswegs auf jene beiden Fälle beschränkte.

Ueberall also, wo der bloße Vertrag (ohne datio von Seiten des Gläubigers) die Obligation begründet, ist der Abschluß desselben auf Namen eines andern ausgeschlossen. Darum war es consequenterweise auch der Erwerb des Pfandrechts für einen Dritten, und das ältere Recht verdiente in dieser Beziehung nicht den Vorwurf der Inconsequenz, den Justinian bei Aufhebung dieser Bestimmung ihm machte. Ueberall hingegen, wo eine datio die Obligation begründet, kann man durch Vornahme der datio einem Dritten die Obligation erwerben, mithin nicht bloß in den von den Quellen namentlich aufgeführten Fällen, sondern auch bei der Hingabe eines Commodats oder Pfandes auf fremden Namen

---

52) S. die Scholien zu verschiedenen der oben angeführten, in die Basiliken (XXIII. 1) aufgenommenen Stellen, namentlich zu l. 9 § 8 (Heimb. II. p. 600 sch. 19, 20), l. 48 (H. p. 646 sch. 1, 2) u. XXIV. 1, l. 23 (H. III. p. 10 sch. 2).

53) S. das erste Citat der vorigen Note: ... rationem esse, quod in mutuo naturaliter spectemus numerationem, cujus nomine fiat. Nam eandem ob causam condictionem indebiti dat etiam illi, cujus nomine indebitum solutum est. Das zweite Citat: non etiam ex stipulatu actionem, si ejus nomine stipulatus sit.

und in allen Fällen eines dare ob causam (condictio ob causam datorum, sine causa, ob turpem causam), selbst bei der donatio, in so weit sie zu einer Rückforderung führt. Die datio ist hier im weitesten Sinn zu nehmen, sie beschränkt sich also keineswegs auf Eigenthumsübertragung, sondern sie erstreckt sich einerseits, wie bei der Dos und Donatio propter nuptias, auf eine Vermögenszuwendung ohne äußern Akt der Hingabe, und andererseits, wie bei dem Depositum, auf Hingabe ohne Vermögenszuwendung. II. Jahrg. Bd. II. S. 114.

2) Die durch das dare begründete Obligation muß auf Rückgabe gerichtet sein.

Unser Rechtssatz findet mithin keine Anwendung auf Innominatcontracte. Auch bei ihnen lehnt sich freilich der Vertrag an das dare an, allein in ganz anderer Weise, als bei den auf bloße Rückgabe gerichteten Obligationen. Denn bei letzteren folgt die Verpflichtung zur Rückgabe und der Gegenstand derselben schon aus der Art der Hingabe, aus dem Vorbehalt oder der Zweckbestimmung, mit dem letztere geschieht, die Rückgabe ist hier nur die nothwendige Folge der Hingabe, die Obligation eine Modalität und Consequenz des dare. Die Thätigkeit des Willens hat hier nicht sowohl ein obligare, als ein dare zum Gegenstand. Bei den Innominatcontracten hingegen lehnt sich die Obligation nur rücksichtlich ihrer Klagbarkeit an die res an, im Uebrigen geht sie nach Zweck und Inhalt über letztere weit hinaus, sie schließt eine eben so selbständige, abgesonderte, rein aus sich selbst schöpfende und den Stoff frei wählende Willensthat in sich, wie sie nur bei den Consensual- und Verbalcontracten vorkommen kann. Durch bloße Stellung des dare auf fremden Namen ist bei der Zahlung, Dos, dem Darlehn, Depositum die Obligation nach Inhalt und Subject völlig bestimmt, und es bedarf keines Recurrirens auf einen diesem Akt vorausgehenden Vertrag.

3) Die Hingabe der Sache (beziehungsweise Bestellung) muß auf Namen eines Andern erfolgt sein.

Was heißt dies? Heißt es: der M muß die Sache als eine dem A gehörige und sich als einen mit Ueberbringung derselben

II. Jahrg. Bd. II. beauftragten Boten bezeichnen, und B muß nicht anders gewußt S. 115. und geglaubt haben, als daß dies wahr sei? In diesem Fall würde der beabsichtigte Erfolg durch Wissen des Gegentheils von Seiten des B ausgeschlossen sein. Oder aber heißt es: der Wille der Parteien muß darauf gerichtet gewesen sein, daß derselbe Erfolg eintrete, als ob der M bloßer Bote des A wäre, d. h. daß der A Gläubiger wird und M sich zu seinen Gunsten aller Rechte begibt? In diesem Fall würde weder der Glaube des B an jene Versicherung des M, noch letztere selbst erforderlich sein. Der Erfolg des Vertrags würde hier nicht auf der Form des Abschlusses, sondern auf dem Willen beider Parteien beruhen und jegliche Fassung, aus welcher derselbe mit Sicherheit erkannt werden könnte, würde genügend sein.

Es scheint mir kaum Gegenstand eines Zweifels sein zu können, daß man sich für letztere Alternative zu entscheiden hat. Nirgends findet sich eine Andeutung, daß das Wissen des B für den beabsichtigten Erfolg des Vertrages von irgend einem Einfluß ist. Bei der Bestellung der dos adventitia weiß der Empfänger, daß die Frau, für die dieselbe bestellt wird, nicht selbst die Geberin, der Besteller also nicht bloßer Bote ist. Ja der Gesichtspunkt des Boten, so sehr ich an demselben zum Zweck der juristischen Construction des Verhältnisses festhalte, ist in den Quellen nirgends ausdrücklich aufgestellt, letztere sprechen bloß von einem dare alieno nomine, und da alle Verhältnisse, bei denen sich unsere Regel findet, formlose sind, so wird man auch die Anwendbarkeit der letzteren nicht durch eine Form bedingen dürfen. Eine reine Form aber würde es sein, wenn der M, ungeachtet der B das Sachverhältniß kennt, sich nichtsdestoweniger als Mandatar und die übergebene Sache als die des A bezeichnen müßte. Das alieno nomine bezieht sich auf die Wirkung des Vertrages, wie das
S. 116. pro muliere dare bei der Dos, nicht auf die Form desselben. Ob also bei schriftlicher Abfassung des Contracts der Schein geradezu auf den A als denjenigen lautet, der geliehen, versetzt habe, ohne daß des M Erwähnung geschieht, oder aber ob zwar

der M als der Geber, dagegen der A als Gläubiger oder als der, II. Jahrg. Bd. II.
an den die Restitution erfolgen solle, bezeichnet wird, kann demnach nichts releviren.

Hier spielt nun aber unser Verhältniß in ein anderes hinüber, das mit demselben der äußern Erscheinung nach große Aehnlichkeit hat und um so mehr eine genaue Beachtung des inneren Unterschiedes nöthig macht. Die l. 8 Cod. ad exhib. (3. 42) gibt in dem Fall, wenn Jemand die Sachen eines Andern deponirt oder commodirt mit der Auflage, sie dem Eigenthümer zu restituiren, letzterem eine act. depositi, commodati *utilis*. Ist dies nicht ganz unser Verhältniß? Woher aber dann die act. *utilis*? Unserer Theorie zufolge müßte der Eigenthümer ja die act. *directa* haben.

Man unterscheide. Der M gibt mit der Absicht und mit der Wirkung, daß A das eigentliche und alleinige Subject der Obligation wird. Hier tritt in jeder Hinsicht dasselbe Verhältniß ein, als ob A sich des M als Boten bedient hätte. Zuerst für den A: er erwirbt sofort ohne alle wirkliche oder gedachte Cession und ohne sein Wissen und Wollen die actio directa, und die späteren Dispositionen des M können ihm dieselbe *rechtlich* nicht mehr entziehen[54]. *Factisch* allerdings, wenn er von dem ganzen S. 117.
Geschäft zwischen M und B nichts erfährt. Der Schuldner hat vom Moment des Abschlusses des Vertrages den A als seinen Gläubiger zu betrachten, und wenn er den Verfügungen des M Folge leistet, so thut er es auf eigene Gefahr. Sodann für den M: die Wirkungen des Geschäfts bleiben ihm in dem Maße fremd,

54) Ausdrücklich anerkannt ist dieser Satz bei der Dos, nämlich durch die Bestimmung, daß der Besteller durch spätere Verträge das Recht der Frau nicht mehr verkürzen kann l. 7 de pact. dot. (23. 4) ... quoniam jam acquisita mulieri dos tum esset, als nothwendige Consequenz des ganzen Verhältnisses versteht er sich aber auch für die übrigen Fälle von selbst. Ob der Schuldner nicht durch eine bona fide vorgenommene Zahlung an M frei werden kann, hängt davon ab, ob die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen der Schuldner durch Zahlung an die unrechte Person liberirt wird (l. 12 § 2, l. 18, 19, l. 34 § 3, l. 51 de solut. (46. 3).

II. Jahrg. Bd. II. daß er, selbst wenn der A die Forderung verschmäht, der Strenge nach keine Klage haben und sich nur durch Cession derselben von dem A würde helfen können. Die oben erörterte l. 4 Cod. si cert. pet. (4. 2) verleiht ihm statt dessen eine actio utilis und erkennt gerade damit den Grundsatz selbst an.

Völlig anders gestaltet ist das Verhältniß, wenn die Verabredung getroffen wird, daß zwar die Restitution an den A erfolgen solle (sei es schlechthin und ausschließlich oder eventuell), der M aber sich des Rechts, den B nöthigenfalls zur Innehaltung seines Versprechens zu zwingen, d. h. der Gläubigerschaft nicht begibt. Nach allgemeinen Grundsätzen hat ein solcher Vertrag zu Gunsten eines Dritten bekanntlich keinerlei Wirkung, und wie für die andern Arten von Verträgen gilt dies auch für die Realcontracte oder allgemeiner für alle Fälle, in denen ein solcher Vertrag sich an ein dare anschließt. So bei Gelegenheit eines Depositums. Im Fall der l. 31 § 3 de donat. (39. 5) deponirt der M bei dem B und macht aus: ut ipse solus tolleret aut post mortem domini Aelius Speratus. Hätte der M auf Namen des A deponirt, wäre letzterer mithin Gläubiger geworden, so würde die Schenkung vollzogen sein, wie dies die oben
S. 118. mitgetheilte l. 6 Cod. de don. i. V. (5. 16) und für das Darlehn die l. 35 § 2 de don. (39. 5) anerkennt. Allein in unserm Fall respondirt der Jurist — und zwar im unverkennbaren Hinblick auf jenen andern Weg, den der Schenker hätte einschlagen können und sollen — donationem non videri celebratam. Warum? M will hier selbst Gläubiger werden und bleiben, er behält sich bei seinen Lebzeiten das Recht der beliebigen Rückforderung vor. Da er nun durch Ausübung desselben die Aussicht des solutionis causa adjectus A jeder Zeit vereiteln kann, so hat letzterer durch diesen Vertrag keinen irgend wie gesicherten Anspruch erlangt, die Schenkung ist mithin nicht vollzogen. Ebenso bei Bestellung der Dos. Im Fall der l. 45 sol. matr. (24. 3) bestellt der mütterliche Großvater für seine Enkelin eine Dos und stipulirt für den Fall der Ehescheidung die Rückgabe an sie oder

an sich. Die Enkelin, sagt der Jurist, ist bloß solutionis causa adjecta, hat mithin keine Klage. Allein favore nuptiarum et propter affectionem personarum, meint er, dürfe ihr doch eine actio utilis zugestanden werden, und dasselbe bestimmt die l. 7 Cod. de pact. conv. (5. 14) für den Fall, wenn der Vater der Frau sich auf den Todesfall derselben die Restitution an deren Kinder versprechen läßt. Das römische Recht kennt bekanntlich noch einige solche Fälle [55], in denen dem Dritten, an den vertragsmäßig die Restitution erfolgen soll, eine act. utilis gegeben wird. Das Gemeinsame aller dieser Fälle besteht darin, daß hier der Paciscent selbst Gläubiger wird, und dem Dritten wird in der Weise geholfen, daß ihm die Klage des Paciscenten als act. utilis überlassen wird. Daß nicht der Paciscent selbst sie sollte anstellen können, wird nirgends erwähnt, und man wird sie ihm um so weniger absprechen dürfen, als der Dritte möglicherweise von seinem Recht gar keinen Gebrauch machen will. Hierin liegt dann aber ein wichtiger Unterschied von unserm obigen Verhältniß und, wie ich glaube, schließt sich daran ein anderer, der nur eine weitere Consequenz desselben enthält. In dem obigen Verhältniß nämlich kann M, wie wir gesehen haben, sowie er den Vertrag auf Namen des Dritten einmal abgeschlossen, daran zum Nachtheil desselben nichts mehr ändern, weil er selbst gar nicht Gläubiger geworden ist. Ganz anders hier. Wird der M Gläubiger, so muß es ihm auch frei stehen, nicht bloß die Restitution an den A, sondern auch an sich selbst zu erzwingen, oder durch spätern Vertrag mit dem Schuldner den ursprünglichen zum Nachtheil des A aufzuheben oder zu verändern.

II. Jahrg. Bd. II.
S. 119.

Die act. utilis, die das römische Recht in diesen Fällen dem Dritten ertheilt, ist also von der actio directa, die den Gegenstand unserer Betrachtung bildet, durchaus verschieden, obschon sie historisch mit derselben vielleicht in einem näheren Zusammen-

55) v. Vangerow, Leitfaden III. § 608, Puchta, Pandekten § 276, Arndts, Pandekten § 246.

II. Jahrg. Bd. II. hange gestanden haben mag. Auch sie nämlich beschränkt sich auf
Fälle der Restitution einer gegebenen Sache an
einen Dritten, auch bei ihr lehnt der Vertrag zu Gunsten
des Dritten sich an die Uebertragung einer Sache an, und dieser
Umstand gibt der Vermuthung Raum, daß das Beispiel einer
(wenigstens der praktischen Auffassung des Verkehrs nach unläug-
bar vorhandenen) Abweichung von dem allgemeinen Prinzip der
Unzulässigkeit der Verträge für dritte Personen, welches man in
der act. directa vor Augen hatte, für die Zulassung der act. utilis
nicht ohne Einfluß gewesen sein mag. Das Gebiet der act. directa
ist dadurch um nichts erweitert, ihre Natur um nichts verändert,
die Möglichkeit ihrer prinzipiellen Unterscheidung von der act.
S. 120. utilis um nichts vermindert. Während jene ein allgemeines,
juristisch construirbares Prinzip enthält, beschränkt sich letztere auf
einzelne Ausnahmsfälle. Erstere greift Platz, wenn der
Geber die Obligation, letztere, wenn er die Solution dem
Dritten zuwenden will, dort entläßt er, so zu sagen, die Obligation
von seiner Person, hier hält er sie zurück, wenn auch nur mit der
Absicht, um die praktische Lösung derselben in der Person des Dritten
zu sichern. Nur diese materielle Willensverschiedenheit kann
m. E. über die Frage, ob das eine oder andere beabsichtigt ist,
den Ausschlag geben, nicht aber die Form des Ausdrucks, wie ich
oben bereits zu begründen versucht habe.

4) Das Verhältniß zwischen dem Geber und demjenigen, auf dessen Namen er gibt, ist gleichgültig.

Dies ist eine nothwendige Consequenz des ganzen Verhältnisses. Steht bei der Klage des A nichts weiter in Frage, als ob die Hingabe in seinem Namen erfolgt ist, gilt also der M vermöge einer praesumtio juris et de jure als sein Bote, so ergibt sich daraus, daß das wirkliche Verhältniß des M zum A dem B gegenüber gar nicht in Betracht kommt. Ob dasselbe also das einer beauftragten oder unbeauftragten Geschäftsführung war, ob M credendi, solvendi, donandi causa den Vertrag mit B abschloß, alles dies kann für das Verhältniß des M zum A von

großer Bedeutung sein — namentlich im Fall einer verbotenen II. Jahrg. Bd. II.
Schenkung — für den B und dessen Verpflichtung relevirt es nichts. Am interessantesten ist die Möglichkeit einer Bewerkstelligung der Schenkung auf diesem Wege (heutzutage häufig durch Belegen bei einer Sparkasse), und gerade diese Consequenz ist, wie wir oben gesehen haben, in den Quellen ausdrücklich anerkannt[56]).

IV. Zustimmung und Mitwirkung des Berechtigten zu Dispositionen des Nichtberechtigten.

In dem zweiten Abschnitt meiner Abhandlung, welcher die S. 121.
Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft zum Gegenstand hatte[57]), warf ich schließlich die Frage auf (S. 147 u. fl.), ob auch die Zustimmung des Berechtigten zu dem von einem Nichtberechtigten über seine Sachen abgeschlossenen Rechtsgeschäft unter diesen Gesichtspunkt zu bringen sei, und ich glaubte diese Frage verneinen zu müssen, indem eine Analyse der verschiedenen Formen, welche diese Zustimmung annehmen kann, mir nirgends

---

56) l. 35 § 2 de donat. (39.5), l. 6 Cod. de don. i. V. (5.16). So enthält namentlich auch die Bestellung der Dos von Seiten einer nicht dotationspflichtigen Person eine Schenkung an die Frau.

57) Ich benutze hier die Gelegenheit, eine Unterlassungssünde gut zu machen. Es war mir nämlich entgangen, daß bereits von Wächter in seinem würtemb. Privatrecht II. S. 684 bei Gelegenheit der Nebenpersonen bei Rechtsgeschäften die Fälle kurz angedeutet hatte, die ich unter den Begriff der Theilnahme zusammengefaßt habe. Wer dieserhalb einen Stein auf mich werfen will, wird damit viele Andere treffen! Es gibt, so weit ich gesehen habe, kein Werk in unserer Literatur, das im Verhältniß zu dem vielen Trefflichen, das es bietet, so wenig benutzt wäre, wie das Wächter'sche, ob wegen des Titels: würtembergischen Rechts oder weil der Verf. es verstanden und es über sich gewonnen, Ideen, aus denen Andere ganze Abhandlungen gemacht hätten — und ich will mich dabei nicht ausschließen — in eine so unscheinbare und gedrängte Form zu bringen, daß sie einen an andere Darstellungsweisen gewöhnten Leser der heutigen Zeit nur zu leicht den vollen Inhalt und die Tragweite derselben übersehen läßt, will ich dahin gestellt sein lassen.

II. Jahrg. Bd. II. jenes eigenthümliche Verhältniß der accessorischen Betheiligung an einem fremden Rechsgeschäft ergab, sondern bald einen mit letzterem in gar keiner juristischen Verbindung stehenden, völlig selbständigen Akt, bald einen Eintritt des Berechtigten in das von dem Andern abgeschlossene Geschäft als Prinzipalsubjekt, bald eine Vertretung des letzteren rücksichtlich der Erfüllung.

S. 122. Der Widerspruch, den Scheurl bei diesem Punkt gegen mich erhoben (S. 4—13), trifft nun, so weit ich sehe, nicht sowohl meine eigentliche Thesis, daß hier nie eine Theilnahme an einem fremden Rechtsgeschäft vorliege, als die positive Construction einiger der hierbei möglichen Fälle. Ich könnte die von ihm gegebene Construction ganz und gar annehmen und nichtsdestoweniger bei der obigen Behauptung verbleiben. Insofern hat also dieser Streit für den unmittelbaren Zweck meiner Abhandlung keinen wesentlichen Werth, allein ganz abgesehen von dem Wunsch und Recht des Angegriffenen, sich zu vertheidigen, glaube ich, den mir zugeworfenen Fehdehandschuh um so eher aufnehmen zu dürfen, als die Frage, die hier ausgefochten werden soll, bisher eine Vernachlässigung erfahren hat, die weder durch den Mangel ihres wissenschaftlichen, noch durch den ihres praktischen Interesses motivirt war.

Scheurl glaubt die Untersuchung des vorliegenden Verhältnisses dadurch zu fördern, daß er die verschiedenen denkbaren Fälle mehr, als ich es gethan, unterscheidet und Momente hineinzieht, die ich angeblich gar nicht oder nicht in gehöriger Weise berücksichtigt haben soll (S. 5). Käme es mir bloß darauf an, mich gegen den letzteren Vorwurf zu rechtfertigen, so könnte ich dies einfach dadurch, daß der Zweck und Gesichtspunkt, um den und aus dem ich jenes Verhältniß zu betrachten hatte, mir ganz bestimmte Grenzen steckte, die ich, ohne meinem Thema untreu zu werden, nicht überschreiten durfte. Wenn mein verehrter Freund sich bei seiner Untersuchung daran nicht gebunden glaubte, so gibt mir dies die erwünschte Veranlassung, jenes Verhältniß, ohne durch eine derartige Rücksicht eingeengt zu sein, nach seiner ganzen Aus-

dehnung hin zu verfolgen. Aber auch trotz dieser Erweiterung II. Jahrg. Bd. II.
des Gesichtskreises finde ich keinen Grund, von meinen früher ge- S. 123.
äußerten Ansichten etwas abzulassen oder von denen meines Gegners etwas anzunehmen. Jene Momente nämlich, die er der Untersuchung des Verhältnisses hinzugefügt hat, halte ich für die Frage, um die es sich hier handelt, völlig einflußlos. Indem ich dies an der geeigneten Stelle nachzuweisen gedenke, muß ich rücksichtlich des Ganges der Untersuchung und der Unterscheidung der verschiedenen Fälle völlige Selbständigkeit in Anspruch nehmen.

Zur Präcisirung des Themas bemerke ich, daß es sich hier nicht schlechthin um die Zustimmung Jemandes zu Rechtsgeschäften eines Andern handelt, sondern um die Zustimmung und Mitwirkung eines Berechtigten zu den Dispositionen eines Nichtberechtigten über seine, des Berechtigten, Sache. Es scheiden mithin die Fälle des Consenses der Vormünder, Obrigkeit, der Eltern (bei Eingehung der Ehe) und ähnliche[58]) von der Betrachtung aus. Unter dem Berechtigten und Nichtberechtigten verstehe ich aber nicht bloß den Eigenthümer und Nichteigenthümer, sondern ich fasse den Gegensatz ganz allgemein dahin, daß er den Mangel des zur vollen Wirksamkeit des Geschäfts erforderlichen Rechts in der Person des Einen und die Existenz eines diese volle Wirksamkeit ausschließenden und mithin im Fall der Zustimmung sie ermöglichenden Rechts, z. B. des Pfandrechts, Nießbrauchs, in der Person des Andern in sich schließt. Die Mitwirkung von Seiten des Berechtigten besteht demnach in Aufgabe irgend eines Rechts, sei es in Form der Uebertragung, wie beim Eigenthum, sei es des Verzichts, wie in den beiden andern Fällen, sei es eines bereits gegenwärtigen Rechts, wie in allen drei Fällen, oder eines eventuellen, wie nach deutschem Recht des S. 124.
der nächsten Erben, der Eventualbelehnten, Lehnserben u. s. w.

58) Z. B. des Consenses des Patrons bei der restitutio natalium l. 2 i. f., l. 5 pr. de nat. rest. (40. 11), des einen Miteigenthümers zu einer Veräußerung des dem andern gehörenden Theils nach Erhebung der Theilungsklage l. 1 Cod. i. f. Com. div. (3. 37).

II. Jahrg. Bd. II. Dieser Umstand, daß der Consentient nicht bloß einfach seine persönliche Zustimmung ertheilt, wie der Vormund, die Obrigkeit u. s. w., sondern aus Eignem etwas beisteuert, einen sachlichen Antheil an dem fremden Rechtsgeschäft nimmt, bezeichnet uns die Grenzen unserer Aufgabe.

Aber auch dies genügt noch nicht. Der Consens kann in der Absicht und mit der Wirkung ertheilt worden sein, daß der Consentient (X), sei es neben, sei es anstatt des Disponenten (A), in dessen obligatorisches Verhältniß zum B eintrete. So z. B. wenn ein Miteigenthümer die gemeinsame Sache auf Namen sämmtlicher Eigenthümer verkauft hat, und letztere den Verkauf ihrer Antheile genehmigen; die Ratihabition gibt ihnen hier ganz die Stellung, die sie im Fall eines vorgängigen Mandats eingenommen haben würden. Nach den Grundsätzen des reinen römischen Rechts, denen zufolge der Stellvertreter immer selbst tenent bleibt, würde dasselbe Verhältniß, nur mit einer kleinen Modification in der Person des A, auch dann eintreten, wenn er als neg. gestor den Contract ausschließlich auf Namen des X abgeschlossen hätte. Hier würden beide haften, der eine der act. directa, der andere der act. quasi institoria. Anders aber wenn der A den Vertrag ursprünglich auf eignen Namen abgeschlossen hatte. Eine Erstreckung desselben auf den X durch Ratihabition von seiner Seite ist hier nicht möglich, weil dem Vertrage von vornherein die Richtung auf ihn fehlte. Nichtsdestoweniger kann durch ein neues Rechtsgeschäft zwischen den drei dabei betheiligten Personen der gewünschte Erfolg in der Weise erreicht werden, daß der alte Contract zwischen A und B aufgehoben und ein neuer desselben Inhalts zwischen X und B
S. 125. abgeschlossen wird, sei es unmittelbar zwischen beiden Personen oder durch Vermittelung des A als Stellvertreters. Die Willenserklärung des X kann hier immerhin in der Form der Genehmigung des alten Contracts erfolgen, es kommt nicht auf die gebrauchten Ausdrücke, sondern auf die Sache an. Ich bin daher mit dem, was Scheurl S. 13 über diesen Fall sagt, vollkom-

men einverstanden und habe mich auch bereits S. 153 unter 2 in diesem Sinn ausgesprochen. II. Jahrg. Bd. II.

Wie nun die Absicht, in eigner Person und für sich selbst ein Rechtsgeschäft abzuschließen, sich in die Form der Genehmigung eines von einem Andern früher auf eignen Namen gestellten Contracts, also in die Form des nachfolgenden Consenses, einkleiden kann, so auch in die des vorausgehenden oder gleichzeitigen. Während äußerlich der A es ist, welcher handelt und X bloß, ohne selbst zu handeln, consentirt, kann in Wirklichkeit unter dem Schein des Consenses sich eine eigne Handlung des X verbergen, letzterer das eigentliche Subject des Rechtsgeschäfts sein. Ich will dies jetzt durch einige Beispiele aus den Quellen erläutern.

Ein Miterbe verkauft in Gegenwart der übrigen Erben erbschaftliche Grundstücke, letztere nehmen später den auf ihren Theil fallenden Kaufpreis an, und es fragt sich, ob sie wegen Eviction in Anspruch genommen werden können. Der Jurist in l. 12 de evict. (21. 2) antwortet: si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt videri unumquemque suam partem vendidisse. In dem stillschweigenden Consens zu dem Verkauf des Miterben findet er also nicht etwa bloß die Genehmigung seiner Handlung als der eines Stellvertreters, sondern ein eignes Handeln des Consentirenden. Der Sohn manumittirt mit Zustimmung des Vaters dessen Sklaven. Die formelle Natur der Freilassung schloß eine Vornahme in Abwesenheit aus, allein für diesen speziellen Fall hatte man eine Ausnahme zugelassen. Hier S. 126.
gilt nämlich der Vater als der Freilasser, folglich wird er Patron, und steht ihm die accusatio ingrati zu, und in der Person des Sohnes bedarf es nicht des durch die lex Aelia Sentia vorgeschriebenen Alters von 20 Jahren oder einer causae probatio [59]),

---

59) l. 16 de man. (40. 1), l. 30 § 1 qui et a quib. (40. 9). In der l. 22 de man. vind. (40. 2) erlaubt der Vater dem Sohn brieflich, nach eigner Wahl einen Sklaven freizulassen und der Jurist faßt dies in der Weise

II. Jahrg. Bd. II. dagegen consequenterweise in der Person des Vaters der Fortdauer seines Willens bis zum Moment der Freilassung [60]). Der Sohn schenkt mit Zustimmung des Vaters. Wer hat geschenkt? Die l. 9 § 2 de donat. (39. 5) antwortet: quod filius familias patris jussu aut voluntate donavit perinde est ac si pater ipse donaverit aut si mea voluntate rem meam tu nomine tuo Titio dones. Ebenso die l. 8 § 1 Cod. de inoff. don. (3. 29): Quod uxor a marito in se matrimonii tempore donationis causa collatum emancipato filio communi consentiente domino donavit, velut ex bonis patris datum accipi . . . rationis est. Hierher gehört auch die von mir bereits in meiner Abh. S. 151 und 152 benutzte l. 38 § 1 de don. i. V. (24. 1), auf die ich zurückkomme, weil Scheurl (S. 6) mir rücksichtlich ihrer eine Ansicht unterschiebt, die ich in der That nicht habe. Es ist keineswegs meine Meinung, als ob der X,
S. 127. indem er die Dispositionen des A genehmigt, dadurch stets in das obligatorische Verhältniß desselben zu dem B eintrete, habe ich doch S. 153 ausdrücklich die beiden Fälle der Genehmigung mit und ohne Eintritt in dies Verhältniß sich gegen einander übergestellt, aber, was ich behaupte, und worin Scheurl völlig mit mir übereinstimmt, ist, daß sich unter der Form der Genehmigung eines fremden Geschäfts der Abschluß eines eignen verbergen kann. Als Beleg hierfür führte ich die l. 38 § 1 cit. an. Ein Ehemann schenkt eine ihm mit seinen zwei Brüdern gemeinschaftliche Sache mit vorausgehender oder nachfolgender Zustim-

---

auf: filio solam electionem concessit, ceterum ipse manumittit (eine Stelle, die beiläufig gesagt für die Construction der heutigen Stellvertretung von großem Werth ist und von mir seiner Zeit dafür benutzt werden soll, und auf die namentlich Dernburg im Interesse seiner über diese Lehre aufgestellten Ansicht sich gern wird aufmerksam machen lassen).

60) l. 15 § 1 qui et a quib. (40. 9): si . . . filius ignorans patrem decessisse manumisit vindicta, non fieri eum liberum sed etsi vivit pater et voluntas mutata erit, non videri volente patre filium manumisisse.

mung derselben an seine Frau. Zu einem Drittel, sagt der II. Jahrg. Bd. II.
Jurist, ist die Schenkung ungültig, zu zwei Dritteln gültig (non debere mulierem reddere). Warum gültig? Offenbar nur darum, weil und insofern die beiden Brüder rücksichtlich ihrer Theile als Schenker betrachtet werden können. Wie Scheurl behaupten kann, die Entscheidung lasse es ganz dahin gestellt, ob nicht die Zustimmung derselben gegenüber der Frau die Bedeutung eines Verkaufs gehabt habe, ist mir unklar. Der Ehemann will die ganze Sache schenken, die Frau sie sich schenken lassen, die Brüder willigen für ihre Antheile in die Schenkung ein, damit ist, wie ich meine, jeder Gedanke an eine käufliche Ueberlassung ihrer Antheile an die Frau absolut unmöglich gemacht. Die Frau hat also die ganze Sache geschenkt erhalten. Aber wer ist der Schenker? Wäre es rücksichtlich der ganzen Sache der Mann gewesen, hätten also die Brüder ihm schenken, die weitere Verwendung der Sache aber ganz seinem Ermessen überlassen wollen, so würde die Schenkung zum ganzen Betrage ungültig gewesen sein[61]), denn woher und in welcher Weise der Mann die zwei Drittel erworben hätte, ob entgeltlich oder unentgeltlich, kann natürlich nichts releviren. Ganz anders, wenn sie S. 128.
ihm nur zu dem Zweck und unter der Voraussetzung ihre Theile überlassen, daß er sie der Frau schenkt, ihm also diese bestimmte Verwendung vorschreiben. Hier kommen die Theile gar nicht in sein Vermögen, die Liberalität beruht nicht auf einem freien Entschluß von ihm und kostet ihm kein Opfer, die Brüder also sind es, die der Frau schenken, ganz wie in der oben citirten l. 9 § 2 de donat., ungeachtet sie der äußern Erscheinung nach lediglich als Consentienten zu einer fremden Schenkung auftreten und aus diesem Grunde ist rücksichtlich ihrer Theile die Schenkung gültig. Der Satz: aliud est vendere (donare), aliud vendenti (donanti) consentire ist also in dieser Allgemeinheit falsch; unter

---

61) l. 3 § 13 de don. i. V. (24. 1).

II. Jahrg. Bd. II. dem Consens kann sich der Abschluß eines eignen Rechtsgeschäfts verbergen[62]).

Dieser Eintritt des X in das obligatorische Verhältniß zwischen A und B soll nun von unserer ferneren Betrachtung ausgeschlossen sein, es verbleibt uns mithin nur der Fall, wenn die Mitwirkung des Berechtigten sich lediglich auf die Ausführung oder Erfüllung eines fremden Vertrages beschränkt. Sie ist in verschiedener Weise möglich. Entweder nämlich durch bloße (vorausgehende, nachfolgende oder gleichzeitig ertheilte) Zustimmung zur Disposition des A, oder durch eigne persönliche Mitwirkung [Tradition], sodann, was das aufgegebene Recht anbetrifft, entweder durch einen bloßen Verzicht, wie bei allen dinglichen Rechten an fremder Sache, oder durch positive Uebertragung
S. 129. desselben, wie beim Eigenthum. Diese Unterschiede haben für uns gar kein Interesse. Um so mehr aber folgender.

Wir setzen den Fall, A wünscht dem B eine Sache zu verkaufen, schenken, verpfänden, die dem X, oder die ihm zwar selbst gehört, an der dem X aber ein Pfandrecht zusteht. Um ihm diese Disposition zu ermöglichen, kann X den Weg einschlagen, daß er sofort und unbedingt sein Eigenthum auf ihn überträgt, beziehungsweise auf sein Pfandrecht verzichtet. In diesem Fall existirt auch nicht einmal der Schein einer Theilnahme des X an dem Rechtsgeschäft des A; beide handeln völlig selbständig und zu verschiedenen Zeiten. Allein dieser Weg ist weder nöthig[63]), noch zweckmäßig und dürfte nur in den seltensten Fällen einge-

---

62) Ich habe im Text das sämmtliche Quellenmaterial, das ich für unsere Frage habe finden können, soweit es mir brauchbar zu sein schien, benutzt, dagegen Stellen, wie z. B. l. 34 de don. i. V. und l. 6 Cod. de his qui a non dom. (7. 10) absichtlich übergangen. Da ich jedoch erst seit nicht gar langer Zeit für die obige Frage gesammelt habe, so zweifle ich nicht daran, daß sich das Quellenmaterial noch vielfach wird vermehren lassen.

63) Im ältern Recht konnte er es allerdings werden. Wollte X z. B. den A ermächtigen, seine Sache in Form der fiducia zu verpfänden oder an ihr ein Servitut zu bestellen, so mußte er erst das Eigenthum auf ihn übertragrn.

schlagen werden. Der natürliche und regelmäßige ist der, daß die zum Zweck der beabsichtigten Disposition zugesicherte Aufgabe des Rechts von Seiten des X nicht eher und nicht anders eintreten soll, als wann und wenn es nöthig ist, d. h. mit letzterer selbst. Mit letzterer selbst; also nicht vorher, auch nicht einen Moment, denn sonst könnte A im Moment der Handlung innehalten, ohne daß die vortheilhafte Veränderung, die einmal in seinem Vermögen vor sich gegangen, dadurch ungeschehen gemacht werden könnte. Also z. B. der Pfandgläubiger, Usufructuar, willigt in die Manumission des Sklaven[64]. Vor der Beendigung des Akts der Manumission ist das Pfandrecht, der Nießbrauch nicht erloschen, dieses Recht und das Eigenthum des Manumittenten erlöschen vielmehr völlig gleichzeitig[65], X verliert nur, wenn A zugleich verliert, er ist also gegen die Gefahr, daß der Untergang seines Rechts dem A anstatt dem B, oder daß er dem A in anderer Weise, als verabredet, zu gute komme, vollständig gedeckt. Aus demselben Grunde aber steht und fällt die Aufgabe des Rechts von Seiten des X mit der Gültigkeit und Ungültigkeit des von A vorgenommenen Rechtsgeschäfts. In den Quellen ist diese Consequenz namentlich an dem Verhältniß des zum Zweck des Verkaufs auf sein Recht Verzicht leistenden Pfandgläubigers entwickelt[66].

II. Jahrg. Bd. II.
S. 130.

Dieser zweite Weg ist es, den wir im Folgenden einer näheren Betrachtung unterwerfen wollen. Um alle gedenkbaren Fälle zu umfassen, unterscheiden wir:

1) Die Berechtigung des X besteht in einem dinglichen Recht an der Sache des A, seine Beisteuer zu dem Rechtsgeschäft des A in einem Verzicht auf dieses Recht.

---

64) l. 2, l. 4 § 2 de man. vind. (40. 2).

65) Daraus folgt aber nicht, daß der X vorher seine Zustimmung zurücknehmen darf, oder daß sein vorheriger Tod sie aufhebt; auch der bedingte Verzicht bindet.

66) S. z. B. l. 4 § 2 quib. mod. pign. (20. 6) . . . si qua ratio juris venditionem impediat . . . pignus valere l. 8 § 6, 11 ibid.

II. Jahrg. Bd. II. Von diesem Fall ist bereits so eben die Rede gewesen. Die rechtliche Stellung des X läßt sich dahin angeben: er verzichtet, aber er handelt nicht mit. Es bedarf mithin in seiner Person nicht der Requisite, die für die Vornahme des Rechtsgeschäfts erforderlich sind[67], seine Handlung steht rein unter den Grundsätzen des Verzichtes. Daraus folgt, daß er (wenn er nicht eine besondere Verpflichtung übernommen hat) weder zu dem A, noch dem B in ein obligatorisches Verhältniß
S. 131. tritt, mithin auch nicht wegen Eviction in Anspruch genommen werden kann. Abgesehen von der dinglichen Seite des Verzichts beschränkt sich die Wirksamkeit desselben mithin auf eine beiden Parteien gleichmäßig zustehende exc. doli gegen den X.

2) Die Berechtigung des X besteht in Eigenthum und die Beisteuer zu der Disposition des A entweder

a) in der Duldung einer Belastung (Genehmigung oder Ermächtigung zur Bestellung von Pfandrechten, Servituten u. s. w.).

Auch dieser Fall bedarf keiner weitern Betrachtung. Nur eine Frage verdient wegen ihrer praktischen Wichtigkeit eine genauere Erörterung, nämlich: kann X vorher widerrufen, oder erlischt die Autorisation mit seinem Tode? Bringt man hier schlechthin die Grundsätze über Stellvertretung zur Anwendung, so ist die Frage zu bejahen, und dafür ließe sich sagen, daß A, indem er mit Zustimmung des X über dessen Sachen eine Disposition trifft, die nur der Eigenthümer treffen kann, den Eigenthümer vertritt, und in der That zweifle ich nicht daran, daß die römischen Juristen, wenn sie sich über diese Frage hätten äußern sollen, diesen Gesichtspunkt aufgestellt haben würden. Der eigenthümliche, selbständige Begriff der Ermächtigung[68] war ihnen unbekannt, sie kannten

67) Eine rechtshistorische Anwendung dieses Gesichtspunktes s. in l. 2 de man. vind. (40. 2).

68) Ich habe mir vorgenommen, die Lehre von der Ermächtigung in einem eignen Aufsatz in diesen Jahrbüchern zu behandeln, und werde darin auf die obige Frage zurückkommen.

letztere nur als eine Art oder einen Anwendungsfall der Vollmacht und wandten daher auf sie die ihr durchaus widerstrebenden Grundsätze des Mandats an, ließen sie also durch Widerruf und Tod untergehen. So z. B. auch bei der Cession, welche unter die Form eines mandatum ad agendum gebracht ward. Das spätere Recht machte sich von diesem beengenden und unangemessenen Gesichtspunkt frei und ließ die Cession nicht mehr durch Tod oder Widerruf untergehen, wie man es mußte, so lange man den Gesichtspunkt der Vollmacht beibehalten hatte. Denselben Fortschritt nehme ich, wie für den Creditauftrag, die Assignation und andere Verhältnisse, bei denen ursprünglich das Mandat die Form hat hergeben müssen, ohne das Verhältniß wirklich zu decken, auch in unserm Fall an. In dem mandatum in rem suam liegt die Ausschließung jener Mandats- oder Vollmachtsconsequenzen, der X darf nicht bloß, sondern er kann seine Ermächtigung, wenn er sich nicht den Widerruf vorbehalten, nicht zurücknehmen. Hierdurch, nicht durch ein eignes dritten Personen gegenüber wirksam werdendes Recht an der Sache (wie es der Pfandgläubiger rücksichtlich seiner Verkaufsermächtigung hat) ist der A gedeckt; sein Schutz ist ein ähnlicher, wie der der Frau rücksichtlich der Veräußerung des Dotalgrundstücks, d. h. die ihm nachtheilige Maßregel ist in der Person des Andern juristisch unmöglich gemacht.

II. Jahrg. Bd. II.

S. 132.

Die Beisteuer des X kann aber auch

b) in dem Opfer des Eigenthums bestehen [69], und zwar, wenn A die Sache besitzt, indem er ihn zur Uebertragung desselben auf den B ermächtigt, oder, wenn X besitzt, indem er selbst die Tradition vornimmt.

Ueber den ersten Fall stimme ich mit Scheurl (S. 5, 6) im

---

69) Auf die Zustimmung zur Ueberlassung der Benutzung an einen Andern (z. B. der Commodatar ersucht den Commodanten, das geliehene Buch weiter verleihen zu dürfen) nehme ich keine Rücksicht, da dieser Fall weder Schwierigkeiten, noch für uns ein Interesse darbietet.

II. Jahrg. Bd. II. Wesentlichen überein, darin nämlich, daß das Eigenthum ohne Durchgang durch die Person des A direct von X auf den B übergeht. In einem andern Punkt, den ich für minder wesentlich halte,
S. 133. weiche ich von ihm ab, und nur um den Schein der stillschweigenden Billigung von mir abzuwehren, mache ich ihn namhaft[70]). Wenn nämlich der A im Namen des X detinirt, so läßt Scheurl durch die Tradition an den B zunächst die Detention übergehen, „welche sich aber bei ihm vermöge jener in der Zustimmung des Eigenthümers liegenden brevi manu traditio sofort in juristischen Besitz verwandelt." Wozu diese, wenn auch harmlose, so doch künstliche und unnöthige Procedur? Die Qualität des Besitzes (ob natürlicher oder juristischer, fehlerhafter oder fehlerfreier, gutgläubiger oder bösgläubiger) bestimmt sich bekanntlich nicht nach der Person des Vorgängers, sondern des Erwerbers, weil der Besitz kein Gegenstand der Succession ist. Wenn also der Käufer sich die Sache tradiren läßt, so erwirbt er, weil die beiden Requisite des Besitzes in seiner Person vorliegen, sofort den juristischen Besitz, einerlei ob der Tradent selbst ihn hatte, oder ob er auf Namen des X besaß, und ob er in letzterm Fall mit oder ohne Zustimmung des X verkaufte und tradirte.

Von ungleich höherem Interesse ist auch hier die Frage, ob die Ermächtigung durch Tod und Widerruf untergeht. Wer sie an obiger Stelle mit mir verneint hat, wird es auch hier müssen; die Differenz des Inhalts der Ermächtigung kann in der Hinsicht keinen Unterschied begründen.

Ich wende mich jetzt dem zweiten der beiden obigen Fälle zu. X besitzt und tradirt für den A und auf dessen Gesuch die Sache dem B. Auf das Verhältniß zwischen A und B legt Scheurl hier ebensowenig Gewicht, als ich; ob also zwischen beiden eine Schenkung, die Erfüllung einer Verbindlichkeit oder ein dare ob

---

70) Gegen die auf S. 7 geäußerte rechtshistorische Annahme Scheurl's rücksichtlich einer Vertretung bei der mancipatio habe ich ebenfalls die größten Bedenken, die ich hier jedoch unterdrücke.

causam oder rem beabsichtigt war, ist gleichgültig. Für nicht II. Jahrg. Bd. II.
minder gleichgültig halte ich meinerseits das Verhältniß zwischen S. 134.
A und X. Anders aber Scheurl. Er unterscheidet nämlich, ob X dem A die Sache schuldete oder nicht. Nur in letzterem Fall soll das eintreten, was ich schlechthin annehme, nämlich daß das Eigenthum direct von dem X auf B übergeht, im ersteren Fall soll „niemals ein unmittelbarer Eigenthumsübergang von X an B angenommen werden, sondern immer ein Durchgang des Eigenthums durch A" (S. 10), „die Tradition an den Dritten in Gedanken aufzulösen sein in eine Tradition an den Gläubiger, wobei diesen der Dritte in der Empfangnahme vertritt, und in eine traditio brevi manu von Seiten des Gläubigers an den Dritten, wodurch dieser ein durch den Gläubiger hindurchgegangenes Eigenthum erwirbt" (S. 13).

Daß diese Construction möglich, und daß sie sich auch in einigen Stellen findet, hatte ich selbst (S. 149) bereits hervorgehoben, zugleich aber auch Bedenken gegen die Brauchbarkeit und Nothwendigkeit derselben hinzugefügt, über die ich eine Erklärung Scheurl's gewünscht hätte. Ueberhaupt beobachtet derselbe bei dieser Gelegenheit eine Zurückhaltung, die mir als angegriffenem Theil nur erwünscht sein könnte, wenn ich sie nicht andererseits im Interesse der Sache bedauerte. Sein Widerspruch gegen mich hat sich ausschließlich auf die von mir angeführten Stellen geworfen, in denen ich eine Andeutung der von mir vertheidigten Construction zu finden geglaubt hatte, und er hat darüber unterlassen, seine eigne Ansicht in positiver Weise zu begründen. Was nun jene Stellen betrifft, so will ich gern gestehen, daß ich sie erst hinterher, nachdem ich mir das Verhältniß selbständig construirt hatte, gesucht und gefunden, und daß ich sie mehr zur Decoration und zur Beruhigung zeugnißbedürftiger Gemüther hinzugefügt habe, als daß sie meiner Ansicht zur unentbehrlichen Stütze hätten S. 135.
dienen sollen, und ich würde bei letzterer selbst dann verharren, wenn es Scheurl gelungen wäre, diese Stütze zu zertrümmern. Denn in Fragen der juristischen Construction sind wir durch den

II. Jahrg. Bd. II. Vorgang der römischen Juristen und die positive Autorität unserer Quellen nicht gebunden. Nichtsdestoweniger habe ich von dem Widerspruch Scheurl's Anlaß genommen, die Quellen zum Zweck unseres Streites genauer zu durchsuchen und glaube Material genug gewonnen zu haben, um dem Leser den Stand unserer Frage in der römischen Jurisprudenz im Wesentlichen erschöpfend vorführen zu können, und das Resultat wird, wie ich gleich im Voraus bemerke, der von mir vertheidigten Ansicht kein ungünstiges sein. Bei der folgenden Darstellung ist es mir jedoch keineswegs um die bloße Vertheidigung meiner Ansicht zu thun, sondern auch hier werde ich ohne ängstliche Rücksicht auf diesen Zweck die Frage, zu der sie mir den ersten Anstoß gegeben, in völlig selbständiger Weise behandeln.

Ich muß etwas weit ausholen. Wie auf allen Gebieten des menschlichen Denkens der Weg zum Uebersinnlichen durch das Sinnliche hindurchgeht, so auch auf dem des Rechts. Die Gedanken und Begriffe, die hier auftreten, tragen ursprünglich ein durchaus sinnliches Gepräge, lehnen sich an das Sichtbare, Aeußerliche an und machen sich nur höchst allmählig und mühsam davon frei[71]. So auch der Begriff der Vermögenszuwendung. Die einfachste und natürlichste Form ist die des Gebens und zwar des unmittelbaren Gebens von Seiten des Gebers an den Empfänger. Allein der Erfolg der Vermögenszuwendung läßt sich
S. 136. auch ohne ein solches Geben, ja ohne jeden äußern Akt erreichen, so z. B. die Bestellung einer Dos durch Liberation, die Eingehung eines Darlehns durch Verwandlung einer andern Schuld in eine Darlehnsobligation. Das vom Darlehn hergenommene Beispiel ist besonders geeignet, den Umschwung der Auffassung im neueren römischen Recht gegenüber der des ältern Rechts deutlich zu machen. Die ältere Zeit verlangt zum Darlehn den äußern Akt des Ge-

71) Eine eingehende Untersuchung habe ich dieser Erscheinung in der noch nicht erschienenen zweiten Abth. des zweiten Bandes meines oben genannten Werks S. 447 u. fl. gewidmet, auf die ich im Voraus hier Bezug nehme.

bens vom Gläubiger an den Schuldner, die neuere hingegen hat II. Jahrg. Bd. II.
sich der Einsicht nicht verschließen können, daß der durch dies Geben intendirte Erfolg sich eben so gut in anderer Form bewerkstelligen läßt, z. B. durch Realisirung einer dem Schuldner gegebenen Anweisung, durch Versilberung der ihm zu dem Zweck eingehändigten Sache [72], und daß kein Grund vorliegt, nicht auch hier ein Darlehn anzunehmen. Gegenüber der alten, traditionellen Regel, welche den Begriff des Darlehns auf die natürlich sinnlich nächste Form eines bestimmten Gebens fixirt hatte (quod ex meo fit tuum), mochte jener Fortschritt dem Ulpian (l. 15 de R. Cr. 12. 1) als Singularität erscheinen — und wir Neuern haben ihm dies gläubig nachgesprochen — in Wirklichkeit war es gerade umgekehrt ein aus dem innersten Kern des Darlehns hervorgetriebener, neuer Schößling.

Wie nun das credere ursprünglich mit der natürlichen Hingabe an den Schuldner zusammenfällt, so das solvere mit der an den Gläubiger, und wie jenes sich später davon losreißt, so auch dieses. Die einfachste natürlichste Form der Vermögensvermehrung, wie sie durch die Leistung bezweckt wird, ist die sichtbare, greifbare, der reelle Uebergang der schuldigen Sache aus dem Vermögen des Schuldners in das des Gläubigers. Aber derselbe Erfolg kann S. 137.
auch ohne diesen reellen Vorgang eintreten. Wenn der Gläubiger eine Sache bloß zu dem Zweck einer bestimmten einmaligen Disposition gebrauchen will, z. B. einen gefangenen Vogel, um ihm die Freiheit zu geben, Racketen, um sie steigen zu lassen, so ist ihm, wenn der Schuldner, ohne ihm die Sache zu tradiren, auf sein Geheiß die bestimmte Disposition vornimmt, die Sache nicht minder zu gute gekommen, hat ihm nicht minder den gewünschten Dienst geleistet, als ob sie ihm tradirt worden wäre. Es ist hier also nicht etwa auf seinen Wunsch die Zahlung unterblieben, sondern sie ist geschehen, denn sie geschieht durch die Anerken-

---

72) Bei diesen allbekannten Dingen verweise ich auf das erste beste Lehrbuch.

II. Jahrg. Bd. II. nung und Ausführung seiner Verfügungen von Seiten des Schuldners. Die Tradition ist also zum Zweck der Zahlung keineswegs erforderlich, nicht für den Schuldner, denn er leistet, verliert die Sache, auch ohne daß er tradirt, nicht für den Gläubiger, denn er empfängt, gewinnt, verwendet die Sache, auch ohne daß er sie in die Hände bekommt. Das Empfangen liegt in dem Zugutekommen, das Zugutekommen in der Disposition.

Diese Unabhängigkeit der Solution von der Tradition ist ein ganz allgemeiner Grundsatz, den die Jurisprudenz als solchen anerkennen und aussprechen muß. Er beschränkt sich keineswegs lediglich auf gewisse Arten der Disposition, sondern er erstreckt sich auf alle und jede. Gilt also das Fliegenlassen des Vogels oder das Steigenlassen der Rackete als Zahlung, ohne daß der Vogel oder die Rackete ihren juristischen Durchgang durch den Besitz und das Eigenthum des Gläubigers nehmen müßten, so wird es zu demselben Zweck dieses Durchganges auch dann nicht bedürfen, wenn der Schuldner auf Anordnung des Gläubigers die Sache einem Dritten tradirt hat. Zu welchem Zweck, ist gleich-
S. 138. gültig. Ob der Gläubiger sie ihm schenken will, sie ihm verkauft hat u. s. w., kann für sein Verhältniß zu seinem Schuldner nichts releviren; in allen Fällen kommt ihm die Sache zu gute, indem er sie verwendet, in allen Fällen verdankt der Empfänger sie ihm, wenn er Besitz und Eigenthum auch von einem Andern erhält. Die Annahme eines Durchganges der Sache durch des Gläubigers Besitz und Eigenthum ist also in dem letztern Fall ebenso überflüssig und verkehrt, als in dem obigen; wäre sie hier nöthig, so müßte sie es auch dort sein und umgekehrt. Allein in dem einen Fall springt die Verkehrtheit nicht in dem Maße ins Auge, der Durchgang ist hier wenigstens möglich, und die Annahme desselben hat hier sogar einen gewissen Reiz, nämlich den Schein einer idealeren, innerlicheren Auffassung im Gegensatz zu einer bei dem rein Aeußerlichen des Vorgangs stehen bleibenden Betrachtungsweise; kurzum, die römischen Juristen haben in der That jenen Durchgang angenommen. Sind wir unsererseits daran gebunden oder nicht?

Knüpfen sich praktische Consequenzen daran, hat der Gesichtspunkt II. Jahrg. Bd. II.
eine reale Bedeutung, so sind wir es, ist er hingegen ein bloßer Schulbegriff, hat er nur den Werth eines juristischen Constructionsmittels, so sind wir es nicht. Ich habe mich schon in meiner Abhandl. S. 149 in dem letztern Sinn ausgesprochen und will dies näher begründen.

Ich habe oben ausgeführt, daß der Begriff der Vermögenszuwendung sich im neuen Recht praktisch von der sinnlichen Form des Gebens emancipirt hat. Zur Veranschaulichung der rein idealen Vorgänge einer solchen Vermögenszuwendung lieben es die römischen Juristen, dieselben an eine gedachte Tradition anzulehnen. Es war dies ein Rest der sinnlichen Auffassungsweise oder, wenn man will, eine Concession an dieselbe, und für den Schulgebrauch, um der Vorstellung zu Hülfe zu kommen, will S. 139.
ich auch heutzutage die Anwendung dieses Mittels nicht verwerfen. Allein einen weiteren Werth und eine andere Bedeutung kann ich diesen gedachten Traditionen auch nach Absicht der römischen Juristen nicht beilegen. Der schlagendste Beweis liegt darin, daß sie sich dieses Mittels selbst da bedienen, wo eine ernstlich gemeinte Tradition geradezu unmöglich war. Wenn Ulpian in der l. 15 de R. Cr. (12. 1) die Möglichkeit der Verwandlung einer Mandatsschuld in eine Darlehnsschuld durch den Gesichtspunkt: videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta zu erklären sucht, so ist die Annahme einer traditio brevi manu, da es sich hier nicht, wie in dem Fall der l. 9 § 9 und l. 10 ibid., um spezifisch, sondern um generisch bestimmte Geldstücke, um eine Summe handelt, schlechterdings ausgeschlossen. Ebensowenig wird Jemand aus demselben Grunde die Worte der l. 18 de fidej. (46. 1): Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur, quanta ei debetur von einer durch die Person des Delegaten vermittelten Besitzübertragung von Seiten des Deleganten an den Delegatar verstehen wollen, oder den Hergang, den Ulpian in der l. 43 § 1 de J. D. (23. 3) bei einer durch Acceptilation vermittelten Schenkung annimmt: tunc enim cre-

II. Jahrg. Bd. II. dentum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum, da es sich auch hier nur um eine Summe handelt, für eine wirkliche traditio brevi manu halten. Derartige Constructionen in usum Delphini — Reductionen eines inneren, rein gedankenmäßigen Vorganges auf einen gedachten äußern — kommen unzählige Male und in den verschiedensten Wendungen in den Quellen vor. So heißt es vom Bürgen: intelligitur ei abesse pecunia (l. 47 Mand. 17. 1), um in einem Fall, wo er zwar nicht durch Zahlung, aber in anderer Weise auf seine Kosten
S. 140. den Schuldner liberirt hat, die ihm gegen den Schuldner zuständige Klage zu motiviren, während andere Stellen, wie z. B. die l. 26 § 3 ibid. geradezu sagen: nihil interest, utrum nummos solverit creditori an eum (debitorem) liberaverit, oder, wie z. B. die l. 12 § 1 ibid. selbst dies unterlassen. So sucht Celsus in der l. 21 § 1 de donat. (39. 5) die Delegation durch den Gesichtspunkt deutlich zu machen: perinde sum, quasi exactam a debitore summam tibi donaverim et tu illam ei credideris, so Julian in l. 49 de J. Dot. (23. 3) die Acceptilation: perinde est ac si acceperit pecuniam et eandem promissori donaverit und Tryphonin in l. 77 ibid.: perinde ac si solutum debitum mulieri in dotem ab ea datum esset und Ulpian in l. 16 pr. de acc. (46. 4). So heißt es von der im Auftrage Jemandes an einen Andern geleisteten Zahlung: quod jussu alterius solvitur, pro eo est, quasi ipsi solutum esset (l. 180 de R. J. 50. 17), heredi videtur solvere, qui voluntate ejus alii solvit (l. 15 § 1 de statul. (40.7) und: qui mandat solvi, ipse videtur solvere (l. 56 de solut. 46. 3), und der Kundige weiß, daß sich die Zahl ähnlicher Quellenäußerungen noch bedeutend vermehren ließe.

Angenommen nun, die oben abgedruckten Worte der l. 43 § 1 de J. Dot. würden von unserm hier zur Untersuchung stehenden Fall gebraucht, dem der Tradition des Verkäufers an einen Dritten im Auftrag des Käufers (credendum est, brevi manu acceptum ab emptore et Maevio datum) würde der in ihnen

aufgestellte Gesichtspunkt hier einen andern Sinn und Werth II. Jahrg. Bd. II.
haben, als dort? Der Unterschied ist nur der, daß die wahre Bewandtniß, die es mit ihm hat, in dem einen Fall minder verdeckt ist, als in dem andern. Denn während in dem einen der Gedanke an eine wirkliche traditio brevi manu dadurch, daß ein Gegenstand derselben überall noch nicht existirt, von vornherein ausge- S. 141.
schlossen wird, läßt das Sachverhältniß in dem andern Fall ihn wenigstens zu. Nichtsdestoweniger aber gilt von ihm hier, wie dort ganz dasselbe, wie ich jetzt nachweisen will.

Ist es mit dem Durchgang des Besitzes und Eigenthums durch die Person des Käufers wirklich Ernst, so kann man dies auch so ausdrücken: der Dritte (B) erwirbt nicht von dem Verkäufer (X), sondern von dem Käufer (A). Hätte also letzterer irrthümlicherweise seine eigne Sache gekauft, so müßte B das Eigenthum erhalten, da sein Tradent und Auctor A es hatte; der Umstand, daß letzterer selbst nicht darum wußte, ist nach der Regel: plus est in re, quam in existimatione einflußlos[73]). Die l. 15 § 2 de cont. emt. (18. 1) von Paulus bestimmt aber gerade das Gegentheil. Schlagender noch ist die l. 61 de evict. (21. 2): Si quod a te emi et Titio vendidi, voluntate mea Titio tradideris, de evictione te mihi teneri, sicuti si acceptam rem tradidissem, placet. Wenn Marcellus hier sagt: Du haftest, als ob ich selbst die Sache erhalten und dem Titius tradirt hätte, so liegt darin, daß er dies in Wirklichkeit nicht annimmt. In ganz ähnlicher Weise äußert sich Paulus in der l. 14 pr. de fund. dot. (23. 5): Si nuptura Titio voluntate ejus fundum dotis nomine Maevio tradit, dos ejus conditionis erit, cujus esset, si ipsi Titio fundum tradidisset, und in der l. 26 pr. de don. i. V. (24. 1). Wenn mein Verkäufer, sagt er, in meinem Auftrag meiner Frau tradirt, der ich schenken will, so wird er frei, quia licet illa jure civili possidere non

---

73) l. 4 § 1 de man. vind. (40. 2) und l. 9 § 4 de jur. ign. (22. 6). S. den Absch. V.

II. Jahrg. Bd. II. intelligatur, certe tamen venditor nihil habet quod S. 142. tradat. So konnte Paulus sich nicht ausdrücken, wenn der Besitz durch die Person des Käufers hindurch gegangen wäre, denn in dem Fall hätte ja der Verkäufer wirklich tradirt. Zur Unterstützung dient auch die l. 66 § 4 ad SC. Trebell. (36. 1) von Mäcian: Si singulae res ab herede traditae sunt jussu meo ei, cui eas vendiderim, non dubitabimus mihi intelligi factam restitutionem. In der Tradition an den Käufer soll eine Restitution des Universalfideicommisses an den Verkäufer liegen. Wenn Mäcian an den Durchgang des Besitzes durch die Person des Verkäufers glaubte, wie hätte er diesen für das vorliegende Verhältniß völlig entscheidenden Grund außer Acht lassen sollen! Es bedurfte nur des Zusatzes: et traditionem zu den letzten Worten. Statt dessen aber drückt er sich in der Weise aus: in der Tradition an den B liegt eine Restitution an den A.

Zu den genannten drei Juristen gesellt sich noch Afrikan in der bereits in meiner Abh. S. 150 Anm. 35 von mir angeführten Stelle l. 38 § 1 de solut. (46. 3), von der Scheurl S. 12 selbst zugesteht, daß sie für meine Ansicht entschieden günstig lautet. Savigny, der in Bd. IV S. 590 u. fl. seines Systems ebenfalls der Durchgangstheorie huldigt, sucht die Stelle dadurch zu beseitigen, daß Afrikan dem Constitutum possessorium (traditio brevi manu?) einen weniger ausgedehnten Einfluß, als die übrigen Juristen zuschreibe, und Scheurl hat sich damit einverstanden erklärt. Savigny selbst hat den Einwand, der sich in jedem Unbefangenen sofort hiergegen erheben muß, nämlich daß die „freiere Entwickelung in der Lehre vom Besitz," mit der er S. 590 das Aufkommen der Durchgangslehre in Verbindung bringt, sich in der Person des Afrikan verläugnen soll, nachdem sie bereits in der des Celsus und Julian zur Anerkennung S. 143. gelangt war — diesen Einwand, sage ich, hat er vorausgesehen und zu entkräften versucht[74]) (S. 595 Anm. g). Es wird ge-

74) Wenn Savigny sich zur Unterstützung seiner dem Afrikan zur

nügen, dagegen einfach auf die von mir angeführten Stellen von II. Jahrg. Bd. II.
Marcellus und Paulus zu verweisen, da Savigny sich schwerlich dazu verstehen wird, auch sie zu literarischen Nachzüglern in der Besitztheorie zu stempeln.

Ich hatte mich auch auf die l. 39 de don. i. V. (24. 1) von Julian berufen, Scheurl bestreitet mir jedoch das Recht dazu, zuerst, weil es sich hier um Geld handle. Allein wenn die Durchgangstheorie einmal richtig sein soll, so kann die Verschiedenheit des Gegenstands, ob er in Geld oder andern Sachen besteht, keinen Unterschied machen, wie denn auch Savigny (S. 590, 594) einen solchen nicht macht und nicht machen konnte, da die l. 3 § 12 ibid., die Hauptstütze jener Theorie, gerade von Geld spricht. Wenn also Scheurl S. 9 sich lediglich auf den Fall, wo eine certa species Gegenstand der Schuld und Veräußerung ist, beschränken zu wollen erklärt, so ist dies eine Beschränkung, zu der ich ihm die Berechtigung bestreiten muß. Eine versprochene Summe ist nicht mehr und nicht minder abstract, als ein generisch bestimmter, sonstiger Gegenstand, und bei der Zahlung verwandeln beide sich in Individuen, an denen die Begriffe von Besitz und Eigenthum gleichmäßig durchführbar sind. Der zweite Einwand Scheurl's besteht darin, daß der X im Fall jener Stelle nicht auf Grund eines Auftrages des A Zahlung geleistet hatte, sondern weil er im Auftrag desselben dem B expromittirt S. 144.
hatte. Allein dieser Auftrag war nichtig, und B wußte dies oder mußte es wissen, X blieb nach wie vor Schuldner des A, und ich glaubte daher die Zahlung desselben an den B mit der auf Grund eines nichtigen Zahlungsmandats, von der die l. 3 § 12 ibid. spricht, auf eine Linie stellen zu dürfen. Ich will mich hier jedoch

Last gelegten Renitenz gegen die freiere Behandlung des Besitzes auf die bekannte rigoristische Ansicht beruft, der dieser Jurist bei der Lehre vom Darlehn huldigt (l. 34 pr. mand. 17. 1), so erledigt sich dies durch meine obige Bemerkung, daß ein Abstractum (eine Summe) gar nicht Gegenstand eines Besitzvorganges sein kann. Der Fortschritt in der Darlehnstheorie war von der in der Besitztheorie völlig unabhängig.

II. Jahrg. Bd. II. dem Widerspruch meines gelehrten Freundes fügen und kann die l. 39 cit. um so eher preisgeben, als es mir inzwischen gelungen ist, andere und, wie ich meine, absolut entscheidende Zeugnisse für meine Ansicht aufzufinden.

Nachdem ich dieselben jetzt mit Ausnahme der l. 49 Mand. (17. 1), die ich mir für den Abschn. V reservire, dem Leser vorgeführt habe, will ich die l. 3 § 12, 13 (Ulpian) und l. 4 (Julian) de don. i. V. (24. 1) — soviel ich weiß, das einzige Quellenzeugniß meiner Gegner — einer Prüfung unterwerfen.

Es handelt sich in diesen Stellen um eine Schenkung des Mannes an die Frau durch Vermittlung einer dritten Person (X), und zwar 1) eines Schuldners des Mannes (§ 12), welcher in dessen Auftrag der Frau Zahlung leistet, und 2) einer Person, die dem Mann inter vivos (§ 13) oder mortis causa (l. 4) schenken will und in dessen Auftrag die Sache der Frau gibt. Wer hat hier das Eigenthum? Daß die Frau es nicht hat, darüber herrschte gar kein Streit. Dann scheint aber nichts übrig zu bleiben, als es beim X zu lassen, und in der That war dies die Ansicht des Afrikan in der oben citirten l. 38 § 1 de solut. (46. 3). Allein für den Fall 1 war von Celsus eine andere Ansicht aufgestellt, und Ulpian billigt sie, indem er sie ohne Bemerkung mittheilt. Hiernach soll der Mann das Eigenthum erhalten, denn wäre die Schenkung an die Frau gültig gewesen, so würde bei Ablieferung
S. 145. der Sache an sie das Eigenthum zunächst auf ihn und sodann von ihm auf sie übergegangen sein, dieser zweite Uebergang sei durch das Verbot der Schenkung ausgeschlossen, es bleibe mithin das Eigenthum in der Person des Mannes verharren. Rücksichtlich des Falls 2 soll angeblich Julian dieselbe Ansicht vortragen, allein ich kann dies in den Worten nicht finden, im Gegentheil scheinen sie mir eher den entgegengesetzten Schluß zu begründen. Julian hat bloß das Geschäft zwischen X und der Frau im Auge, und um seine Ansicht, daß dasselbe nichtig sei, zu motiviren, bemerkt er, zunächst in § 13: es mache nichts aus, ob der Mann direct oder durch Vermittlung des X schenke, denn in dem letztern

Fall perinde habendum, atque si ego acceptam et rem meam II. Jahrg. Bd. II.
factam uxori meae dedissem .. (hierin liegt aber, daß Julian einen wirklichen Durchgang nicht annahm[75])) und sodann in l. 4: es sei irrig zu meinen, als ob der Mann durch die Tradition des X an die Frau nicht ärmer wäre, da er nichts aus seinem vorhandenen Vermögen veräußere, denn gehe die Bedingung der m. c. don. nicht in Erfüllung, so hafte er auf Rückgabe, entgegengesetzten Falls aber gehe ihm etwas verloren, was er sonst gehabt haben würde. Wenn Ulpian sein Referat über Julian's Ansicht mit den Worten: huic sententiae consequens est einleitet und dadurch den Schein begründet, als ob Julian die Ansicht des Celsus theile, so bemerke ich dagegen, daß sich diese Worte auch auf die Frage beziehen lassen, die Ulpian am Anfang des § 12 sich aufgeworfen hatte (an nummi fiant ejus), und dies ist aus einem doppelten Grunde durchaus nothwendig, einmal, wie bereits bemerkt, wegen der Worte: perinde haben- S. 146.
dum u. s. w. und sodann wegen der Worte: nullius momenti est, denn mit ihnen läugnet Julian die Wirksamkeit der Tradition schlechthin, d. h. nicht bloß für die Frau, sondern auch für den Mann, ähnlich wie Scävola in l. 56 ibid. mit den Worten: non valet.

Habe ich hierdurch meinen Gegnern einen römischen Juristen zu entziehen gesucht, so will ich ihnen dafür einen andern zuführen, nämlich den Pomponius in l. 44 pr. de furt. (47. 2): Si jussu debitoris ab alio falsus procurator creditoris accepit, debitori iste tenetur furti et nummi debitoris erunt, und gerade dieser neue Kämpe für die Durchgangstheorie soll mir dazu dienen, bis zu einem gewissen Grade eine Vereinigung anzubahnen. Ulpian, Celsus und Pomponius sprechen von einem ungültigen, die andern Juristen

75) Vergl. die ähnliche Wendung des Celsus in der oben benutzten l. 21 § 1 de don. (39. 5): perinde sum, quasi exactam etc. Wer behauptet: es sei so gut, als ob dies und das geschehen wäre, sagt damit aus, daß es nicht geschehen ist.

II. Jahrg. Bd. II. (mit Ausnahme des Afrikan) von einem gültigen Rechtsgeschäft[76]). Es wäre nicht undenkbar, daß jene drei Juristen in der Absicht, um dem, auf dessen Kosten (ex cujus re, wie die l. 39 de don. i. V. 24. 1 sagt) die Zahlung geschehen ist, einen wirksameren Schutz zu gewähren, als ihn die condictio verleiht, sich hätten bewegen lassen, den Durchgang des Eigenthums durch seine Person anzunehmen und ihm dadurch die reivindicatio zu verschaffen. Allein, wie es sich hiermit auch verhalte, jedenfalls kann der Weg, den sie hier einschlagen, nicht für die Behand-
S. 147. lung gültiger Geschäfte maßgebend sein, da die übrigen Juristen denselben in dieser Richtung ausdrücklich verwerfen. Allein selbst für das ungültige Geschäft steht die Auctorität des Afrikan in der l. 38 § 1 de solut. (46. 3) entgegen, und da der Widerspruch ein unlöslicher ist und mithin beide Ansichten sich gegenseitig aufheben, so hat die heutige Jurisprudenz freies Spiel. Nur darüber also kann meiner Meinung fortan noch der Streit fortdauern, wie die Entscheidung der heutigen Jurisprudenz auszufallen hat. Ich meinerseits verwerfe die Idee des Durchgangs wie in allen Anwendungen, so auch hier, lasse also mit Afrikan das Eigenthum beim Schuldner und will diese Gelegenheit benutzen, um mein Urtheil über jene Idee schließlich noch in übersichtlicherer Weise, als die bisherige Darstellung es mir verstattete, zusammenzufassen. Ich mache derselben folgende Vorwürfe:

1) Die Durchgangstheorie führt zu Consequenzen, die die Parteien nicht wollen, und die das Recht ihnen nicht octroiren darf.

Oder sollten etwa, wenn der Käufer, Donatar u. s. w. die

76) Ein anderer Ausweg, auf den man verfallen könnte, wäre der, die Worte ejus fieri in den Stellen von Ulpian und Pomponius in dem Sinn zu verstehen, den von Vangerow in den frühern Auflagen seines Leitfadens § 311, Anm. 3 für die l. 18 de R. Cr. (12. 1) angenommen hat, und gerade für unsere l. 3 § 12 de don. i. V. böte der § 11 ibid.: non fieri ejus, quia nihil corporis ejus fieri palam est eine erwünschte Unterstützung. Mir ist dieser Ausweg jedoch zu bedenklich.

Sache vor der Ablieferung einem Andern verkauft, schenkt u. s. w., II. Jahrg. Bd. II.
seine daran bestehenden Servituten und sonstigen dinglichen Rechte erlöschen, wie dies doch bei einem auch bloß momentanen Durchgang des Eigenthums durch seine Person der Fall sein müßte? Sollte eine doppelte Umschreibung in den Flur- und Lagerbüchern nöthig sein? Und, um eine rechtshistorische Frage einzumischen, sollte, wenn die Sache eine res mancipi war, eine doppelte Mancipatio vorgenommen werden? Und dies hätte ja geschehen müssen, wenn der Durchgang durch die Person des A zum Zweck der Tilgung der Obligation nöthig gewesen wäre, da der Weg, auf dem man ihn bei der eine Vertretung zulassenden Tradition durch *einen* Akt bewerkstelligen kann, bei der Mancipatio verschlossen war. Soll dem B ferner die accessio possessionis aus der Person des X versagt werden, wenn der A in mala fide ist? S. 148.
Dies ist aber eine nothwendige Consequenz, denn wenn A auch nur momentan Besitzer geworden ist, so ist damit die Verbindung des Besitzes seines Nachfolgers mit dem seines Vorgängers unmöglich gemacht [77]. Soll, wenn der A Eigenthümer war, ohne es zu wissen, das Eigenthum auf den B übergehen? Doch diese Consequenz habe ich schon oben berührt.

Und wozu dies Alles? Um auf einem Umwege ein Ziel zu erreichen, das man auf geradem Wege erreichen kann!

2) *Die Durchgangstheorie ist theoretisch in jeder Weise verwerflich.*

Denn sie läßt sich:

Erstens gar nicht einmal allgemein durchführen. Nicht bei Obligationen, die auf etwas anderes, als Eigenthumsübertragung gerichtet sind — oder soll auch das Wohnen des Aftermiethers durch die Person des Miethers hindurchgehen? — aber selbst nicht einmal bei reinen obligationes dandi, denn die dem Schuldner aufgetragene Erfüllung braucht nicht in einem dare an einen Andern zu bestehen (das Fliegenlassen des Vogels!), noch kann, wo

---

77) l. 13 § 13 de A. P. (41. 2).

II. Jahrg. Bd. II. dies der Fall, das Eigenthum stets durch den Gläubiger hindurch geleitet werden (mancipatio, in jure cessio, gerichtliche Umschreibung).

Zweitens aber ist sie nicht nöthig. Sie geht hervor aus dem Bestreben, die Thatsache, daß ein einziger Traditionsakt auf das Vermögen verschiedener Personen rechtliche Wirkungen ausübt, zu erklären. Allein die verschiedenen Vorgänge, die sich hier an den einen Akt knüpfen, auf eben so viele verschiedene Traditionen zurückzuführen, heißt die ideale Natur derselben verkennen und das Uebersinnliche in die Form des Sinnlichen zwängen. So
S. 149. wenig wie das Vermögen lediglich aus realen Bestandtheilen besteht, so wenig ist der Eingang, Ausgang, Durchgang eines Bestandtheils lediglich auf realem Wege möglich. Ex re mea hat auch der erworben, der nicht die res mea, sondern eine fremde Sache auf meine Kosten erhalten, und ich selbst habe die fremde Sache erhalten, wenn ich darüber disponirt habe, ohne sie in Besitz und Eigenthum zu bekommen. Die Durchgangstheorie gibt den idealen Vorgängen auf dem Gebiet des Vermögensrechtes eine Krücke, die sie nicht nöthig haben.

Drittens: sie ist gefährlich. Denn wenn sie sich auch bescheidet, ein bloßes juristisches Constructionsmittel, ein reiner Schulbegriff zu sein, so liegt doch stets die Gefahr nahe, daß der Schulbegriff zum praktischen Gebrauch verwandt wird und Unheil stiftet.

V. Irrthum des Tradenten über sein Eigenthum und Interpretation der l. 49 Mand. (17. 1).

Unter den Belegstellen gegen die Durchgangstheorie hatte ich mich in meiner Abhandlung (Anm. 35) auch der berühmten l. 49 Mand. von Marcellus bedient und meine von der gangbaren Auffassung abweichende Construction des zweiten Falls, den dieselbe behandelt, mit wenig Worten angedeutet. Eine ausführliche Begründung schien mir theils nicht am Ort, theils entbehrlich zu sein, indem ich meinte, es bedürfe, wie bei der Lösung eines

Räthsels, nur des einen Wortes, das die Lösung in sich schließt, II. Jahrg. Bd. II.
um Jeden in Stand zu setzen, sich von der Richtigkeit der Lösung zu überzeugen, und daß ich dies Wort gefunden, und daß die Vertheidiger der herrschenden Auffassung, als deren letzter Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des R. R. Bd. 1 S. 192 fl.) aufgetreten war, mit Freuden die Gelegenheit ergreifen würde, eine Ansicht aufzugeben, die, wie ich meinte, sie selbst nicht recht befrie- S. 150.
digt haben könne, davon war ich so durchdrungen, daß ich getrost auf deren Urtheil provocirte. In dieser Erwartung habe ich mich aber sehr getäuscht! Mein verehrter Freund hat mir den Vorwurf des Mißverständnisses der Stelle zurückgegeben, ja er erklärt sogar die von mir dem Marcellus untergelegte Entscheidung geradezu für juristisch unmöglich, und ich bin daher gezwungen, auf diesen Gegenstand nochmals und ausführlicher, als das erste Mal zurückzukommen. Es geschieht dies Mal aber nicht sowohl in dem Interesse, in dem ich sie damals behandelte, um nämlich eine weitere Belegstelle gegen die Durchgangstheorie zu gewinnen, und ebensowenig lediglich in dem rein exegetischen, das Verständniß einer viel besprochenen Stelle zu fördern, sondern um einen Rechtssatz abzuwehren, den man auf unsere Stelle gründen will, und dem ich wie diese äußere, so auch die innere Begründung in jeder Weise absprechen muß. Dieser Rechtssatz betrifft den Irrthum des Tradenten über die causa seines Eigenthums, und er soll angeblich der Entscheidung des zweiten in dieser Stelle behandelten Falls zu Grunde liegen. Da nun der erste Fall der Stelle ebenfalls einen Irrthum des Tradenten, aber anderer Art, zum Gegenstand hat, so bedurfte es nur des Hineinziehens eines dritten in der Stelle nicht erörterten Falls des Irrthums, um der ursprünglich rein exegetischen Aufgabe das dogmatische Thema: Irrthum des Tradenten über sein Eigenthum zu substituiren.

Ich werde im Folgenden die Interpretation unserer Stelle in die dogmatische Darstellung verweben und theile zunächst den Text der Stelle mit.

Marcellus lib. IX. Digest. Servum Titii emi ab alio

II. Jahrg. Bd. II. bona fide et possideo, mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse vel contra ego vendidi
S. 151. illius mandatu, cum forte is, cui heres extiterit, eum emisset; de jure evictionis et de mandato (1) quaesitum est. Et puto Titium quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori neque si rem tradidisset, vindicationem ei concedendam et idcirco mandati (2) agere posse, si quid ejus interfuisset, quia forte venditurus non fuerit. Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur et adversus venditorem (3) testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

Die Texteskritik bietet wenig Bemerkenswerthes dar. Außer einigen völlig unwesentlichen Varianten wie Marcellus lib. V u. VI statt lib. IX., exstitit statt exstiterit hebe ich Folgendes hervor. Die Worte de mandato (1) fehlen in manchen Handschriften und sind in der Florentina von neuerer Hand am Rand hinzugefügt. Hinter mandati (2) haben einige Handschriften den Satz eum non teneri, sed contraria (contra); ebenso die Basiliken XIV. 1 l. 49. Statt venditorem (3) liest die Florentina: venditionem, die Basiliken unterstützen die erstere Lesart, und es ist schwer zu begreifen, wie die letztere einen Vertheidiger hat finden können [78]. Die Basiliken haben beim Wiedergeben der Stelle die beiden Fälle von einander getrennt, so daß sich jedem gleich die Entscheidung anschließt.

Gegenstand unserer dogmatischen Untersuchung ist die Tradition von Seiten des wahren, aber über sein Eigenthum im
S. 152. Irrthum befindlichen Eigenthümers, und ich unterscheide dabei zwei Hauptfälle:

78) Treitschke im deutschen Corpus juris an dieser Stelle. Er zieht testatoris sui zu actionem, wovon, wenn auch nicht die Entfernung beider, so doch die Tautologie: actio testatoris sui ex jure hereditario ihn hätte abhalten sollen, der »actio adversus venditionem« ganz zu geschweigen.

A. Der wahre Eigenthümer tradirt nicht für sich, sondern im Namen des putativen, II. Jahrg. Bd. II.
er hat also die Absicht, nicht sein, sondern des letztern Eigenthum zu übertragen, der Käufer die Absicht, nicht von ihm, sondern von P das Eigenthum zu erwerben [79]).

B. Der wahre Eigenthümer tradirt im eignen Namen, aber er irrt

1) über das Eigenthum selbst, d. h. er weiß nicht, daß er es hat;

2) über die in der Vergangenheit liegende causa desselben, er meinte z. B. Eigenthümer auf Grund eines Kaufs geworden zu sein, während er es durch Legat, Erbschaft u. s. w. geworden war.

A. Der wahre Eigenthümer tradirt die Sache im Namen des putativen, ohne sein Eigenthum zu kennen.

Der Anlaß zu der Tradition kann ein mannigfaltiger sein, er kann liegen in einem Auftrag des P (dem würde gleichstehen die Ratihabition der von E als unbeauftragtem Geschäftsführer vorgenommenen Veräußerung), in einem Amt (wenn E als Vormund oder als Beamter die ihm gehörige Sache im Namen des Mündels oder Staats veräußert), oder in einem Recht (E veräußert als Pfandgläubiger des P). In allen diesen Fällen hat E die Absicht als Stellvertreter des P dessen vermeintliches Eigenthum zu übertragen, sein und des Käufers Wille ist mithin gar nicht auf das eigne Eigenthum des E gerichtet. Daraus, daß er S. 153.
das seinige hätte übertragen können und, wenn er, wie der Mandatar nach römischem Recht, persönlich verpflichtet wird, es hätte sollen, folgt noch nicht, daß er es gewollt hat; ohne

---

79) Zur Erleichterung will ich die drei dabei vorkommenden Personen mit Buchstaben bezeichnen, welche an die ihnen beigelegte Qualität erinnern, den Eigenthümer nenne ich E, den Possessor und putativen Eigenthümer P, den Käufer K.

II. Jahrg. Bd. II. diesen Willen aber geht das Eigenthum nicht über[80]. Es handelt sich hier also um einen, mit Savigny gesprochen, unächten Irrthum, d. h. es ist nicht sowohl der Irrthum, als die Abwesenheit des Willens, welche die Wirkung des Rechtsgeschäfts ausschließt; derselbe Erfolg würde mithin auch dann eintreten, wenn der Tradent sein Eigenthum kannte[81].

Das römische Recht hat diese in der Natur der Sache begründete Behandlungsweise in mehreren Stellen anerkannt. Dahin gehören die l. 35 de A. R. D. (41. 1), l. 15 § 2 de cont. empt. (18. 1) und unsere l. 49. Die beiden ersten geben zugleich den Grund an, die erste dahin: quia nemo errans rem suam amittit, treffender die zweite dahin: quia non hoc (nämlich dominium meum transire) mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire. Die letzte Stelle äußert sich zwar nicht ausdrücklich, allein um nichts weniger unzweideutig,
S. 154. denn wenn sie sich der Wendung: neque vindicationem ei concedendam bedient, so liegt darin, daß die Vindication an sich wenigstens denkbar gewesen sein muß, d. h. daß der Tradent zwar Eigenthümer geblieben ist, seiner Vindication aber die exc. rei venditae et traditae entgegensteht[82].

---

80) l. 3 § 8 de cond. c. d. (12. 4) ... si hoc animo (nämlich quasi ipsius heredis) dedit, non fieri ipsius, nam et cum tibi nummos meos quasi tuos do, non facio tuos. Ebenso umgekehrt, wenn Jemand, der eine fremde Sache als solche ins Eigenthum eines Andern hätte bringen können, sie als eigne tradirt l. 1 § 1 de off. proc. (l. 19) Si rem ejus (Caesaris) quasi rem propriam tradat, non puto eum dominium transferre l. 25 de donat. (39. 5): Der Mandatar überreicht das Geschenk im eignen Namen. l. 10 § 1 de cur. fur. (27. 10): rem vero furiosi si quasi suam tradat, dicendum ut non transferat dominium.

81) Z. B. der Mandatar liefert die ihm zur Ueberbringung eingehändigte Sache, in der er unterwegs die seinige erkennt, ab, um seinem Auftrag nachzukommen, behält sich jedoch wenn auch über den Nichtübergang des Eigenthums beruhigt, doch, um die exc. doli auszuschließen, die Vindication gegen den Empfänger vor.

82) Daß dies hat bezweifelt und zwischen der l. 35 cit. und unserer l. 49 ein Widerspruch hat angenommen werden können, ist schwer zu be-

Im heutigen Recht müßte die Entscheidung des Falls, was den letztern Punkt anbetrifft, freilich anders ausfallen, denn da, wie man im Uebrigen auch über die juristische Construction der Stellvertretung im heutigen Recht denkt, doch die praktische Nichthaftung des Stellvertreters keinem Zweifel unterliegt, so cessirt, wie die klageweise, so auch die exceptionsweise Geltendmachung der Obligation gegen ihn, eine Consequenz, die nicht selten außer Acht gelassen wird. Ebensowenig wie dem Stellvertreter kann dem Vormund oder dem öffentlichen Beamten, der in ähnlicher Weise die eigne Sache veräußert hat, die Vindication derselben verwehrt werden, nicht durch Berufung auf ihre angebliche Obligation — denn eine solche existirt praktisch nicht — noch auch durch eine exc. doli [83], da es bei ihnen, denen der Verkauf in keiner Weise zu gute kommt, und bei ihrer supponirten Unbekanntschaft mit ihrem Eigenthum an jedem Fundament derselben gebricht. Anders bei dem Pfandgläubiger, da er vermöge eignen Interesses und Rechts verkauft. Die l. 10 de distr. pign. (20. 5) Et si is, qui lege pignoris emit, ob evictionem rei redire ad venditorem non potest, tamen non esse audiendum creditorem, qui fundum vendidit, si velit ejusdem rei ex alia causa quaestionem movere ist also noch heutzutage praktisch, da die Stellung des Pfandgläubigers im heutigen Recht keine andere geworden ist, als im römischen.

II. Jahrg. Bd. II.
S. 155.

B. Der wahre Eigenthümer tradirt im eignen Namen, allein er irrt

1) über das Eigenthum selbst.

Wir scheiden zunächst einen Fall aus, der überall nicht hierher gehört. Wenn der E die ihm von P commodirte, deponirte,

---

greifen. S. darüber von Vangerow, Leitf. § 311 Anm. 3 (Aufl. 6 S. 649, 650).

83) Wie z. B. im Fall der l. 25 de donat. (39. 5), l. 18 pr. de R. Cr. (12. 1).

II. Jahrg. Bd. II. kurz die ihm mit der Verpflichtung zur Zurückgabe übergebene eigne Sache restituirt, so hat dieser Akt, E möge sein Eigenthum kennen oder nicht, gar nicht die Bestimmung und folglich auch nicht die Wirkung, Eigenthum, sondern Besitz zu übertragen. Aehnlich wenn E dem P in Anerkennung seines angeblichen Eigenthums außercontractlich (wissentlich oder unwissentlich) den Besitz abtritt[84]).

Der Fall, den wir voraussetzen, ist der, daß die Absicht der Parteien auf Eigenthumsübertragung gerichtet war. E verkauft, schenkt, legirt u. s. w. die eigne Sache, ohne diese ihre Eigenschaft zu kennen. Geht Eigenthum über? Für die verneinende Antwort ließe sich anführen, daß es auch hier an dem Willen, Eigenthum zu übertragen, fehle; E könne nicht die Absicht haben, etwas zu übertragen, was er seiner Meinung nach gar nicht habe. Allein es ist noch eine andere Auffassung möglich, und gerade sie ist vom römischen Recht angenommen und, wie ich glaube, mit gutem Grunde. Man kann nämlich sagen: die Tradition des E charakterisirt sich vermöge der ausdrücklichen Erklärung oder des unterliegenden Rechtsgeschäfts (der causa traditionis) als eine Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragung, die Unbekanntschaft des Tradenten mit seinem Eigenthum aber schließt nicht die Möglichkeit der Willensrichtung
S. 156. auf die abstracte Eigenthumstradition aus, sondern begründet nur den irrigen und einflußlosen Glauben von der Unwirksamkeit derselben. Am leichtesten springt das wahre Sachverhältniß in das Auge, wenn man statt der Tradition eine reine und ausschließliche Eigenthumsübertragungsform setzt, wie sie das ältere Recht in der mancipatio und in jure cessio darbot. Der Punkt, auf den sich bei ihnen der Wille, Eigenthum zu übertragen, richten muß, ist nicht sowohl die intendirte Wirkung, als der Akt, d. h. die Vornahme dieses Akts gilt rechtlich als Ausdruck dieses Willens. Bei der Tradition ist das wahre Sachverhältniß dadurch etwas

84) S. die oben citirte l. 2 § 8 de cond. c. d. (12. 4).

verdeckt, daß bei ihr, die sowohl Besitz- als Eigenthumstradition II. Jahrg. Bd. II.
sein kann, die Frage, ob sie das eine oder andere sein soll, ausschließlich auf den Willen des Tradenten gestellt ist, wodurch es den Anschein gewinnt, als ob dieser Wille bei Unkenntniß des Eigenthums nur auf Besitzübertragung gerichtet sein könne. Allein mit Unrecht. Es kömmt darauf an, wofür die Tradition sich objectiv, äußerlich ausgibt. Tradirt ein Verkäufer, so gibt die Tradition sich aus für eine Tradition zum Zweck der Eigenthumsübertragung, und ob der Tradent sich der Wirkung des Eigenthumsüberganges bewußt geworden ist oder nicht, ob er an sie glaubt oder nicht, ist völlig gleichgültig, den Umständen nach liegt eine Eigenthumstradition vor und, da der Tradent sie vorgenommen, so hat er sie auch gewollt.

Auf Grund dieser Auffassung, die wir kurz dahin formuliren können: der Wille richtet sich auf den abstracten Akt, nicht auf die concrete Wirkung, hat denn das römische Recht die eben aufgeworfene Frage bejaht. Das Eigenthum des Tradenten geht über, auch wenn er es selbst nicht kannte. Geben wir dem Gedanken, der sich darin ausspricht, eine allgemeinere Fassung, so lautet er: beim objectiven Vor- S. 157.
handensein der Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts ist das subjective Nichtwissen derselben und mithin der Glaube an die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts völlig unschädlich. Wir haben damit die römische Parömie gewonnen: plus est in re, quam in existimatione [85]), d. h. der Nachdruck ruht auf dem

85) l. 9 § 4 de jur. ign. (22. 6), l. 4 § 1 de man. vind. (40. 2). Eine andere Fassung s. bei Paulus in l. 2 § 2 pro emt. (41. 4) . . secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem. Vat. fragm. § 260 rei substantia plus pollet existimatione falsa u. § 11 J. de leg. (2. 20): plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. In der obigen Fassung kommt sie noch vor in dem § 15 der citirten l. 2 pro emtore von Paulus, allein in einer Anwendung, die gerade das Gegentheil von ihr enthält. Die Ausleger (s. Schulting, Notae ad Digesta ad h. l.) haben durch Umstellung der Worte re und existimatione helfen wollen, es ließen sich aber auch pupillus und pubes um-

II. Jahrg. Bd. II. objectiven Dasein, nicht auf dem subjectiven Glauben. Daß für gewisse Verhältnisse (Erbrecht) auch das subjective Wissen von dem Vorhandensein der Voraussetzungen erforderlich ist, was die Römer durch plus est in opinione, quam in veritate ausdrücken, gehört nicht hierher[86].

Anwendungen jener Regel bald mit, bald ohne Namhaftmachung derselben kommen verschiedentlich in den Quellen vor[87]),
S. 158. und so namentlich auch für die Tradition. Der Glaube an die Wirksamkeit der Tradition kann sowohl auf Seiten des Tradenten, als des Empfängers fehlen. Beides ist einflußlos. Rücksichtlich des Empfängers sagt dies ausdrücklich die l. 9 § 4 de jur. ign. (22. 6), womit sich noch die l. 21 pr. de A. R. D. (41. 1) verb.: Sed si und die l. 44 § 1 de usuc. (41. 3) verbinden lassen, rücksichtlich des Tradenten folgt dies aus der Analogie des Legats und der Freilassung (s. die Stellen in der vorigen Note).

---

stellen. Wie Sintenis im deutschen Corpus juris die Stelle so, wie sie lautet, hat übersetzen mögen, ist schwer zu begreifen.

86) l. 15 de acq. her. (29. 2). Anwendungen davon s. in l. 13 § 1, l. 16, 19, 22, 23, 32 ibid., l. 14, 15 qui test. (28. 1), l. 2 de cond. (35. 1), l. 19, 54 pr. de A. R. D. (41. 1) verglichen mit l. 5 si pars hered. (5. 4) u. l. 6 § 4, l. 34 pr., l. 98 de acq. her. u. § 11 J. de leg. (2. 20).

87) Auf das Legat § 11 J. de leg. (2. 20) si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum, nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione. Auf die Freilassung: l. 4 § 1 de man. vind. (40. 2). Quoties dominus servum manumittat, quamvis existimat alienum esse eum, nihilominus verum est voluntate domini servum manumissum .... Idemque juris est et si dominus et servus in eo errore essent, ut neque ille se dominum, neque hic se servum ejus putaret, die Usucapion l. 31 § 6, l. 44 § 4 de usuc. (41. 3), l. 2 § 2, 15 pro emt. (41. 4), l. 3 pro don. (41. 6). Auf Obligationen l. 13 § ult. Com. (13. 6) ... nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri. l. 6 § 5, l. 36 de neg. gest. (3. 5) auf Zahlungen Vat. fragm. § 260.

2) Der Tradent irrt über die causa seines Eigenthums. I. Jahrg. Bd. II.

Schließt dieser Irrthum den Uebergang des Eigenthums aus? Meiner Ueberzeugung nach ist diese Frage entschieden zu verneinen, zwar nicht auf Grund spezieller Quellenzeugnisse, denn meines Wissens schweigen die Quellen gänzlich über sie, wohl aber aus allgemeinen Gründen. Die herrschende Lehre bejaht die Frage, und zwar glaubt sie dazu durch die Entscheidung, welche Marcellus über den zweiten Fall unserer l. 49 Mand. gibt, gezwungen zu sein. Sie construirt sich denselben nämlich in folgender Weise, ich will mich der Worte Scheurl's (S. 14) bedienen. „Titius ist Eigenthümer eines Sklaven, den sein Erblasser von einem Dritten, der also nicht der Eigenthümer war, gekauft und tradirt erhalten hatte. Nachdem Titius diesen bonae fidei possessor seines Sklaven beerbt und letzteren in dessen Erbschaft vorgefunden hatte, gibt er mir den Auftrag, ihn S. 159. an X in seinem Namen zu verkaufen und zu tradiren, indem er nicht weiß, daß der Sklave sein Sklave gewesen sei, sondern ihn für einen Sklaven seines Erblassers hält, d. h. indem er sein Eigenthum mit dem seines Erblassers verwechselt.“ Diesen Fall hätte Marcellus nun dahin entschieden, daß das Eigenthum auf den X nicht übergegangen sei.

Ich habe diese Auffassung der Stelle, welche sich von den Basiliken und der Glosse her, so viel mir bekannt, unangefochten bis auf unsere Tage erhalten hat[88]), in meiner Abh. a. a. O. als in jeder Weise unhaltbar bezeichnet, und ich muß dabei auch trotz des neuen Versuchs, den mein verehrter Freund unternommen hat, sie in Schutz zu nehmen, in jeder Weise verbleiben. Ich

88) Außer den literarischen Nachweisungen bei Schulting, Notae ad Dig. ad h. l. und Glück, Pandekten VIII. S. 112 f. von Neueren Mühlenbruch, Cession § 13 (Aufl. 3 S. 130). Richelmann, Der Einfluß des Irrthums auf Verträge S. 107 u. fl. und Puchta, Vorlesungen Bd. 1 Beilage XV (neueste Aufl. — mir unklar!).

II. Jahrg. Bd. II. mache ihr den doppelten Vorwurf der juristischen und exegetischen Unhaltbarkeit. Jene angebliche Entscheidung ist mir von jeher im höchsten Grade anstößig gewesen, und gerade der Widerspruch, den mein juristisches Gefühl dagegen einlegte, hat mich gedrängt, eine andere Auslegung zu suchen. Ich will zunächst den ersteren Vorwurf zu begründen suchen.

Der Rechtssatz, der der Entscheidung zu Grunde liegen würde, müßte lauten: der Irrthum des Tradenten über den Erwerbsgrund seines Eigenthums schließt den Uebergang desselben aus. Diese Folge müßte nun nicht bloß dann eintreten, wenn der Tradent, wie in dem Fall unserer Stelle, das Eigenthum glaubt ererbt zu haben, während er es aus eigner Person hatte,
S. 160. sondern auch in dem Fall, wenn er irrigerweise die Tradition von Seiten des Verkäufers statt der sich ihr anschließenden usucapio pro emtore als causa ansah, und in der That hat einer der Anhänger der herrschenden Ansicht den Muth gehabt, sich zu dieser Consequenz zu bekennen[89]. Man wird mir zunächst bestreiten — und namentlich darf ich diesen Einwand von Scheurl erwarten — daß beide Fälle auf eine Linie gestellt werden dürften, und bevor ich weiter gehe, muß ich diesen Einwand beseitigen.

Wie schon Averanius[90] hat auch Scheurl[91] dem Irr-

---

89) Richelmann a. a. O. S. 105; er kann sich freilich nicht enthalten, hinzuzufügen, daß dies auf einer übermäßigen Subtilität der röm. Juristen beruhe, die kaum den Namen des Scharfsinns verdiene, geschweige einem praktischen Bedürfniß entspreche.

90) Interpr. jur. I c. 16 § 9. Volo enim transferre dominium in me a Sempronio translatum jure hereditario, quod transferre non possum, quia non habeo. Dominium autem, quod habeo, non transfero deficiente voluntate; cum enim dominium illud me habere ignorem non possum habere voluntatem ejus transferendi. Sunt autem diversa haec dominia. Dafür beruft er sich auf die l. 11 § 4 de exc. rei jud. (44. 2)! Mühlenbruch a. a. O. wirft ihm mit Recht ein gänzliches Mißverständniß vor, aber er selbst und Vivianus (in der Glosse), der ihm zufolge die beste Erklärung der Stelle haben soll, fassen die Stelle im Wesentlichen gerade so auf!

91) Beiträge S. 200 u. 201 u. oben S. 14.

thum, um den es sich im Fall der l. 49 handeln soll, die Gestalt II. Jahrg. Bd. II.
gegeben, daß derselbe nicht sowohl die causa, als das Eigenthum selbst betreffe. Der Tradent, sagen sie, habe nicht sein eignes Eigenthum, sondern das des Erblassers übertragen wollen, es handele sich nicht um zwei verschiedene causae für ein und dasselbe Eigenthum, sondern um ein verschiedenes Eigenthum. Wäre dies begründet, so würde dieser Fall unter den Gesichtspunkt und die Regel sub A fallen, und die Entscheidung wäre völlig gerechtfertigt.

Allein jene Wendung, die man der Sache geben will, ist S. 161.
m. E. entschieden unmöglich. So wie der Erbe die Erbschaft angetreten, ist die Sache nicht mehr und nicht minder die seinige geworden, als wenn er sie durch Singularsuccession erhalten hat, ein Eigenthum des Erblassers existirt ebensowenig mehr, als ein Eigenthum des Verkäufers nach der Tradition. Dies führt mich zu einem alten Streitpunkt zwischen Scheurl, ursprünglich Puchta und mir zurück. Puchta faßt das Erbrecht bekanntlich als ein Recht des Erben an der durch die Antretung auf ihn übergegangene Person des Erblassers auf und läßt letztere daher in dem Erben fortdauern [92]. Der Erbe hat folglich die ererbten Rechte nicht, wie seine sonstigen, unmittelbar, sondern nur als Repräsentant oder Innehaber der Person des Erblassers mittelbar, und man könnte daher noch von einem Eigenthum des (im Erben fortlebenden) Erblassers sprechen. Diese Idee habe ich noch bei Lebzeiten Puchta's angegriffen [93]) und es sind mir darin einige Andere beigetreten [94]), Puchta selbst freilich habe ich nicht über-

92) Pandekten § 447 und dazu seine Vorlesungen an derselben Stelle.

93) Abh. aus dem röm. Recht. Leipzig 1844. S. 239 fl.

94) Windscheid in der Münchner krit. Ueberschau Bd. 1 S. 196 fl., Köppen, Die Erbschaft S. 106 u. fl. Ich benutze die Gelegenheit, um auf den Vorwurf zurückzukommen, den ich dem erstgenannten Schriftsteller in diesen Jahrbüchern Bd. 1 S. 25 gemacht habe. Derselbe war tendenziöser Art. Die Tendenz war aber nicht, dem von mir hochgeachteten und innig befreundeten Verf. wehe zu thun — und ich bedauere aufrichtig, wenn sie

II. Jahrg. Bd. II. zeugt, und er hat außer dem Herausgeber seiner Pandekten, der
S. 162. auch hier ihm treu geblieben, noch Scheurl, Beiträge u. s. w. Bd. 1 S. 34 fl. auf seine Seite gezogen. Mir ist diese Puchta'sche Idee, dieses Einschachtelungssystem vermögensrechtlicher Persönlichkeiten, bei dem bis auf Adam zurück ein Erblasser in dem andern steckt, und keiner mit Ausnahme des ursprünglichen Erwerbers der Sache dieselbe unmittelbar im Eigenthum hat, sondern jeder nur als Träger der ganzen Reihe seiner Vorgänger — ein civilistischer Atlas — diese Idee ist mir immer als eine der künstlichsten und gezwungensten erschienen, auf die der construirende Verstand eines Juristen je gerathen, als ein ächtes Probestück eines Fanatikers der Construction! — Doch von dieser Künstlichkeit wollte ich gern absehen, wenn sie nur wahr wäre. Allein dies muß ich entschieden in Abrede stellen, und gerade unser gegenwärtiges Verhältniß gewährt die beste Gelegenheit, sich davon zu überzeugen. Wäre sie wahr, so müßte der Erbe, wie jeder andere Repräsentant, die Sachen des Repräsentirten nicht im eignen, sondern im Namen des letztern vindiciren. Daß dies nicht der Fall, daß vielmehr die Formel direct auf den Erben lautete (suum esse) [95], ist Scheurl selbst nicht entgangen [96]. Es handelt sich dabei nicht um eine leere Formel, sondern um einen Gesichtspunkt von wichtigen praktischen Consequenzen. Der Erbe hat eine Sache vindicirt, die ihm in Wirklichkeit gehörte, sei

---

diese Wirkung gehabt — sondern sie war eine doppelte: einmal einen Mann, mit dem ich mich sonst in dem Urtheil über das, was Noth thut, wie mit wenig Andern eins weiß, und dessen thätiger Mitwirkung an den Jahrbüchern ich mich am wenigsten berauben möchte, vor einem Abweg zu warnen, zu dem er eine bedenkliche Hinneigung verrathen hatte, und zweitens dem Publikum gegenüber den Punkt zu bezeichnen, bis wie weit ich mit demselben gehe, und wo unsere Wege, wenn ihn der seinige weiter führte, sich nothwendigerweise trennen müßten.

95) Gaj. IV § 34 .. quod defuncti fuit intendere suum esse. Ebenso bei der actio in personam sibi dare oportere.

96) Beiträge S. 37.

es ex causa hereditaria oder propria, beim Beweise hat er sich in der causa vergriffen und diejenige geltend gemacht, aus der ihm das Eigenthum nicht zustand, und ist in Folge dessen abgewiesen. Hinterher entdeckt er seinen Irrthum und will die wahre causa geltend machen, kann er es? Uebertragen wir das Verhältniß auf den gewöhnlichen Repräsentanten, lassen wir letztern abgewiesen werden mit einer Vindication, die er mandatario nomine erhoben hat, so unterliegt es keinem Zweifel, daß er noch proprio nomine klagen kann und umgekehrt. Denn hier liegen in der That zwei verschiedene Eigenthume vor. Wie nun beim Erben? Die l. 11 § 1 und 5 enthält die Antwort darauf. Si hominem petiero, heißt es in § 1, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem, und der umgekehrte Fall in § 5: opinabatur ex causa hereditaria se dominium habere, mutavit opinionem et coepit putare ex causa donationis, haec res non parit petitionem novam. Als Grund wird dann das Prinzip hinzugefügt: nam qualecunque et undecunque dominium acquisitum habuit, vindicatione prima in judicium deduxit. Der Erbgang erscheint dem Juristen also nur als eine causa dominii, eine Vorstellung, die auch in der stehenden Wendung acquirere per universitatem einen bekannten Ausdruck gefunden.

II. Jahrg. Bd. II. S. 163.

Es ergibt sich hieraus, daß es unmöglich ist, mit Scheurl dem Irrthum des Erben im Fall der l. 49 die Gestalt zu geben, er habe „sein eignes Eigenthum" mit „dem des Erblassers" verwechselt. Was er verwechselt hat, ist die causa, und wer für diesen Fall der Verwechslung der causae den Nichtübergang des Eigenthums lehrt, muß dieselbe Wirkung auch bei jedem Fall einer solchen Verwechslung annehmen.

Ich will jetzt den angeblichen Rechtssatz von dem Einfluß des Irrthums über die causa des Eigenthums einer Kritik unterwerfen und zwar zunächst der Kritik ab absurdo. Wenn der Tradent gar nicht weiß, daß er Eigenthümer ist, so geht nach S. 164.

II. Jahrg. Bd. II. unserer obigen Ausführung (B. 1) das Eigenthum über. Irrt er dagegen über die causa seines Eigenthums, über den in der Vergangenheit liegenden, für die Gegenwart völlig einflußlosen historischen Entstehungsgrund desselben, so ist der Uebergang des Eigenthums ausgeschlossen! Wie, wenn der Tradent sich bloß über die Person seines Autors irrt, statt von X von Z gekauft zu haben glaubt? Auch dies ist ein Irrthum über die causa, und ich wüßte nicht, warum derselbe minder einflußreich sein sollte, als wenn fälschlich eine donatio inter vivos statt einer donatio mortis causa, ein Legat statt einer Schenkung, ein Kauf statt eines Tausches angenommen ward. Wie, wenn der Tradent der Meinung war, das Eigenthum durch die Tradition des Verkäufers erhalten zu haben, während er es erst am Tage nachher durch Vollendung der von letzterem begonnenen Usucapion bekommen hat? Ich habe bereits bemerkt, daß Richelmann den Heroismus hat, wenn auch mit blutendem Herzen, dem Empfänger das Eigenthum abzusprechen! Der Erbe verkauft eine in der Erbschaft vorgefundene Sache, von der er nicht weiß, daß sie ihm selbst gehört. Glaubt er gar nicht Eigenthümer geworden zu sein, so geht das Eigenthum über, kommt er aber mit seinem Meinen der Wahrheit näher oder besser trifft er sie in dem allein wesentlichen Punkt, der Annahme des Eigenthums in seiner Person, ganz und gar, irrt aber über den Erwerbsgrund desselben, einen Umstand, dessen man sich bei manchen Sachen nach einiger Zeit gar nicht mehr bewußt ist, so findet das Gegentheil Statt — angeblich weil der Willen, Eigenthum zu übertragen, sich mit diesem Irrthum nicht verträgt. Welche seltsame Constitution des Willens, welche, ich möchte sagen, historische (auch histerische) Reizbarkeit desselben!
S. 165. Der Irrthum über die allein praktische Frage, über die Existenz des Eigenthums ficht ihn nichts an, aber dem historischen Irrthum, dem über den Ursprung desselben, erliegt er!

Eine Theorie, die zu solchen Absurditäten führt, trägt die Unwahrheit an der Stirn. Der Beweis dieser Unwahrheit läßt sich aber auch auf rein quellenmäßigem Wege herstellen. Wenn

auch die Quellen eine directe Beantwortung unserer Frage in II. Jahrg. Bd. II.
meinem Sinn nicht enthalten, so sprechen sie wenigstens bei Gelegenheit eines andern Verhältnisses das Prinzip aus, aus dem auch sie zu entscheiden ist [97]). Dies Prinzip ist die Indifferenz oder die Unabhängigkeit des Eigenthums gegenüber seiner causa, und die Gelegenheit, bei der es ausgesprochen wird, die exc. rei judicatae. Für den Beweis des Eigenthums ist allerdings das Zurückgehen auf die causa unentbehrlich, und insofern läßt sich die causa vom Eigenthum gar nicht trennen. Allein auch nur in so weit. Würde aber die Bedeutung der causa weiter reichen, würde sie, wie bei Obligationen [98]), so auch beim Eigenthum die Individualität des Rechts bestimmen, so müßte, wie die actio in personam, so auch die act. in rem nicht auf das Recht schlechthin, sondern auf das durch die bestimmte, vom Kläger bezeichnete causa erworbene Recht gerichtet werden müssen. Nun bekenne ich mich allerdings trotz Puchta [99]) zu dem „alten Irrthum," wie er ihn tauft, daß der Kläger in dieser Weise vindiciren kann [100]), allein er hat es nicht nöthig, er kann bekanntlich S. 166.
schlechthin auf Eigenthum klagen (rem meam esse). Schon hierin würde die Ansicht des römischen Rechts über das Verhältniß der causa zum Eigenthum klar ausgesprochen liegen, und bei consequenter Verfolgung des Gesichtspunktes würden auch wir bei denselben praktischen Consequenzen für die exc. rei judic. angelangt sein, die die römischen Juristen in der bekannten l. 1 § 1, 5 und l. 14 § 2 de exc. rei jud. (44. 2) entwickeln. Wenn sie zur Rechtfertigung ihrer Entscheidungen über die exc. rei judic. das Prinzip dahin fassen: Omnes causae una petitione ap-

97) Ich betone: das Prinzip; es handelt sich also im Folgenden nicht etwa um eine bloße Analogie, deren Beweiskraft man herabsetzen könnte.

98) l. 14 § 2 de exc. rei jud. (44. 2) . . singulas obligationes singulae causae sequuntur.

99) Rhein. Mus. II. S. 251 fl. III. S. 467 fl. Pandekten § 99 Note m.

100) l. 11 § 2 ibid.

II. Jahrg. Bd. II. prehenduntur, neque enim amplius, quam semel res mea esse potest (l. 14 § 2 cit.) oder qualecunque et undecunque dominium acquisitum habet, vindicatione prima in judicium deduxit (l. 11 § 5), so haben sie uns damit zugleich das Prinzip für unsere gegenwärtige Frage gegeben, und mit Substituirung des Wortes traditione für petitione und vindicatione können wir uns die Fassung wörtlich aneignen. Auch der Tradent hat nicht nöthig, die causa zu nennen und thut es auch in der Regel ebensowenig, wie der Vindicant, ja alle beide brauchen die causa im Moment der Tradition, Vindication gar nicht zu kennen, die Ermittelung derselben wird erst dann nöthig, wenn es sich um Beweis handelt (also beim Tradenten erst, wenn der Empfänger ihm im Evictionsprozeß Litem denunciirt hat) — ja beide mögen immerhin sogar sich fälschlich gar nicht für Eigenthümer gehalten haben, der Wirksamkeit ihrer Handlung thut dies keinen Abbruch. Wie nun das gänzliche Nichtwissen der causa den Uebergang des Klagrechts, beziehungsweise den Uebergang des Eigenthums nicht ausschließt, so auch nicht das Falschwissen. Der Wille ist trotz desselben auf das Eigenthum gerichtet gewesen und zwar auf das Eigenthum schlechthin, nicht auf das Eigenthum
S. 167. aus einer bestimmten causa, die Verbindung, in die sie dasselbe in ihrer Vorstellung mit der gedachten causa gebracht haben, ist etwas rein innerliches, und die spätere Berichtigung dieser Vorstellung, oder um mit l. 11 § 5 cit. zu reden, die mutata opinio petitoris non facit aliam (d. h. eine noch nicht absorbirte) causam. Wäre es ihre Absicht gewesen, ihren Akt lediglich auf eine bestimmte causa zu stellen, so hätten sie diesen Vorbehalt hinzufügen müssen. Daß ich denselben bei der Vindication für möglich halte, habe ich bereits bemerkt, für die Tradition wird Niemand die Möglichkeit desselben bestreiten wollen. Die rechtliche Natur desselben ist hier aber nicht die einer Individualisirung des Eigenthums — damit würden wir in die verwerfliche Vorstellung von den verschiedenen Eigenthumen zurückfallen — sondern die einer conditio in praeteritum collata: „Ich tradire, wenn

ich das Eigenthum der Sache durch Kauf, Erbschaft u. s. w. von Z erhalten habe." Daß diese Willenserklärung stillschweigend erfolgen kann, hat keinen Anstand, und ich würde z. B. in dem Fall, wenn der Verkäufer einer Erbschaft dem Käufer die in der Masse vorgefundenen Sachen und unter ihnen eine, die ihm selbst gehörte, tradirt, nicht darüber zweifelhaft sein, daß nach Absicht der Parteien das eigne Eigenthum des Erben nicht hat übertragen werden sollen. Ganz anders aber, wenn schlechthin, wie angeblich im Fall unserer l. 49, ein Erbe erbschaftliche Sachen verkauft. „Sein Wille," sagt Scheurl S. 14, „ist unter den besondern Umständen dieses Falls der: ich will das Eigenthum meines Erblassers, nicht mein Eigenthum übertragen." Wie lange sollen diese besondern Umstände dauern? Auch dann noch, wenn seit Antretung der Erbschaft eine so geraume Zeit verflossen, daß eine völlige Vermischung der Erbschaft mit dem Vermögen des Erben eingetreten ist? Mein verehrter Freund hat offenbar den Fall im Auge gehabt, wenn der Erbe gleich nach der Antretung verkaufen läßt, allein was berechtigt uns, die Worte der l. 49 auf diesen Fall zu beschränken? Aber selbst in jenem Fall muß ich meinem Gegner das Recht einer solchen Verwendung der „besondern Umstände" bestreiten, und ich bezweifle, ob er als Richter diese von dem Exegeten versuchte Deutung der Umstände für stichhaltig würde gelten lassen. Weiß denn der Käufer darum, daß der Verkäufer als Erbe verkauft? Wenn er aber es nicht weiß, so fehlt dem ganzen Schluß das Fundament. Und könnte man nicht mit demselben Recht, wie hier in die Tradition, so in die Vindication des Erben „aus den besondern Umständen des Falls" die Beschränkung hineintragen, daß er nicht schlechthin, sondern nur ex causa hereditaria habe vindiciren wollen? Die l. 11 § 1 u. 5 cit. weiß nichts von einer solchen Beschränkung.

II. Jahrg. Bd. II.

S. 168.

Also nochmals, ich läugne durchaus nicht, daß der Tradent die Tradition auf das Vorhandensein einer bestimmten causa stellen kann, allein wenn dies nicht geschehen und es im Uebrigen auch noch so unzweifelhaft ist, daß er nur eine bestimmte causa

II. Jahrg. Bd. II. gekannt und im Auge gehabt hat, so ist diese rein innerliche subjective Bezugnahme auf die causa und folglich auch der Irrthum über die causa völlig einflußlos.

Mit Rücksicht auf die im Bisherigen entwickelten Gründe habe ich geglaubt, die gegnerische Ansicht von der l. 49 cit. als juristisch unhaltbar bezeichnen zu dürfen. Der Erbe findet im Nachlaß eine Sache, die ihm selbst gehörte, ohne daß er dies wußte, und er gibt dem X den Auftrag, sie zu verkaufen und zu tradiren. Dies geschieht, und Marcellus soll jetzt angeblich entscheiden, daß das Eigenthum nicht übergegangen sei, der Geltendmachung desselben von Seiten des Erben aber die exc. doli entgegenstehe. Damit würde sich also Marcellus nicht bloß mit dem so eben entwickelten allgemeinen Prinzip des römischen Rechts
S. 169. über das Verhältniß der causa zum Eigenthum in Widerspruch gesetzt, sondern sich zu einer Ansicht bekannt haben, die gegenüber der Regel: plus est in re u. s. w. geradezu eine Absurdität enthält. Ob der Erbe selbst oder durch einen Stellvertreter tradirt, bleibt sich für die vorliegende Frage vollkommen gleich. Auch den Einwand, daß hier nach Absicht der Parteien die Tradition lediglich auf Uebertragung des Eigenthums des Erblassers gerichtet gewesen sein könne, habe ich oben bereits abgeschnitten. Es erhellt nicht einmal, daß der Käufer oder auch nur der Mandatar (auf dessen Wissen und Willen es bei Abschluß des Contracts allein ankommt) die Qualität des Sklaven als eines erbschaftlichen gekannt, geschweige daß sie Beschränkung der Tradition auf diese Voraussetzung gewollt hätten. Der Fall steht also ganz einfach so: der wahre Eigenthümer verkauft und tradirt, aber er irrt sich in der causa.

Untersuchen wir jetzt, ob Marcellus wirklich diesen Fall vor Augen hatte. Ich muß dies entschieden verneinen. Da die Beweisgründe für die Unrichtigkeit der gegnerischen Auffassung des Falls mit denen für die Richtigkeit der meinigen zum Theil zusammenfallen, so will ich im Interesse der Abkürzung den negativen und positiven Theil des mir obliegenden Beweises nicht

scheiden, vielmehr an der Hand der Texteswortte die einzelnen II. Jahrg. Bd. II.
Gründe, die sie mir für und gegen darbieten, ungetrennt entwickeln.

Ich theile zunächst den Fall mit, wie ich mir ihn denke. Der T (Testator) hat von dem P (dem putativen Eigenthümer) einen Sklaven gekauft. Bevor derselbe tradirt wird, stirbt T und wird beerbt von E (dem wahren Eigenthümer des Sklaven). Letzterer, der um sein Eigenthum nicht weiß, gibt, anstatt sich von P den Sklaven tradiren zu lassen, demselben den Auftrag, ihn auf seine Rechnung anderweitig zu verkaufen. Dies geschieht, der P verkauft und tradirt den Sklaven, und es handelt sich jetzt um die S. 170.
Wirksamkeit dieser Tradition. Der Jurist entscheidet: das Eigenthum des E ist nicht übergegangen, allein der Geltendmachung desselben steht die exc. doli entgegen.

Der Fall, wie ich mir ihn denke, ist also im Wesentlichen derselbe, wie der in der l. 15 § 2 de cont. emt. (18. 1) entschiedene, nur daß in letzterem Fall das Mandat lediglich auf Tradition, nicht auch auf Abschluß eines ihr vorausgehenden Kaufcontracts gerichtet war, was für die Eigenthumsfrage völlig gleichgültig. Die Entscheidung der letzteren Stelle paßt daher wörtlich auf unsern Fall: non putat Pomponius dominium meum transire, quoniam non hoc mihi propositum fuit, sed quasi tuum dominium ad eum transire. Die Absicht der Parteien war auf Uebertragung des vermeintlichen Eigenthums des P, nicht des wirklichen des E gerichtet, die Entscheidung entspricht daher ganz den oben (A.) entwickelten Grundsätzen.

In so weit wäre also meine Construction des Falles ohne allen Anstand. Allein mein verehrter Freund hat einen andern erhoben, auf den ich aus seinem Munde nicht gefaßt gewesen bin. Das Mandat, welches ich hier zwischen dem E und P annehme, sagt er S. 17, enthält unwidersprechlich eine Aufhebung des mit dem Erblasser abgeschlossenen Kaufcontracts durch einen contrarius consensus, der ja re integra die gegenseitige Obligation aus dem Kaufcontract ipso jure aufhebt, also auch dem Käufer die act. ex

II. Jahrg. Bd. II. emto (die adversus venditorem testatoris sui ex emto jure hereditario actionem, welche ich dem E gegen den P zuspreche) benimmt. Scheurl hält die Fortdauer dieser Klage nach Annahme des Mandats für so unmöglich, daß er hierin den „schlagenden Beweis" findet, daß Marcellus sich den Fall nicht in meiner Weise gedacht haben kann.

S. 171. Ich will meinem Gegner zuerst mit einem praktischen Fall antworten, der mir von der betheiligten Person selbst mitgetheilt ist. Ein Kaufmann acquirirt beim Beginn der Leipziger Messe von einem Fabrikanten den ganzen Vorrath einer gewissen Sorte Tuch und zwar zu einem geringerem, als dem dafür bei Abnahme kleinerer Partieen angesetzten Preise, macht jedoch zur Bedingung, daß der Verkäufer während der Messe die Waare auf Rechnung des Käufers in bisheriger Weise, d. h. auf eignen Namen und zu dem ursprünglich angesetzten Preise feil halten soll. Da jener Artikel während der Messe viel Nachfrage erfuhr, und der ganze Vorrath bis auf einen kleinen Rest abging, so machte der Käufer ein höchst vortheilhaftes Geschäft. Hätte mein verehrter Freund diesen Fall zu entscheiden gehabt, so würde er im entschiedensten Widerspruch mit der Absicht der Parteien eine Auflösung des Kaufcontracts angenommen, dem Käufer also die act. emti auf Herausgabe des Ueberschusses, dem Verkäufer im Fall casuellen Unterganges der Waare die act. vend. versagt haben. Oder richtiger, ich bin überzeugt, daß er es nicht gethan, daß der Richter auch hier, wie S. 279 anders geurtheilt haben würde, als der in den Zustand der Nothwehr versetzte Exeget. Der Irrthum, den letzterer sich zu Schulden kommen läßt, besteht in einer falschen Anwendung der Regel über die Aufhebung des Contracts durch mutuus dissensus. Paßt unser Fall unter diese Regel? Die Parteien wollen den Vertrag bestehen lassen, sie wollen beiderseits erfüllen, aber anstatt daß der Käufer das Tuch oder den Sklaven sich tradiren läßt und sich selbst einen Käufer sucht, beauftragt er einen Andern, auf seine Rechnung die Waare zu verkaufen. Warum nun dieser Andere nicht der Verkäufer selbst sein kann, sehe ich

platterdings nicht ein. Kann derselbe doch im Fall der mora accipiendi unter Umständen selbst ohne Auftrag des Käufers auf dessen Rechnung verkaufen, ohne daß darin eine Aufhebung des Kaufcontracts liegt[101], warum nicht auch im Auftrage desselben? Hat er letzteres gethan, so erfüllt er durch Tradition an den zweiten Käufer seine Verbindlichkeit gegen den ersten, ohne daß Besitz und Eigenthum durch dessen Person hindurch müßten, was ich nur wiederhole, weil Scheurl bei dieser Gelegenheit auf jenen Punkt zurückkommt. Hat der Verkäufer bei dem zweiten Verkauf einen höhern Preis, als den er selbst von dem ersten Käufer zu fordern hat, erzielt, so ist er ferner verpflichtet, den Ueberschuß herauszugeben, dem Käufer steht dieserhalb, wenn, wie in dem mitgetheilten Fall, das Verkaufsmandat eine Nebenbestimmung des ursprünglichen Kaufcontracts war, die act. venditi, sonst die act. mandati zu. Der Käufer seinerseits haftet in gewöhnlicher Weise auf Zahlung des Kaufpreises, d. h. also, in so weit der Verkäufer vom zweiten Käufer weniger, als den Kaufpreis erhalten hat, auf Leistung der Differenz. II. Jahrg. Bd. II. S. 172.

So möchte sich denn dieser Einwand der juristischen Unmöglichkeit meiner Ansicht als ein völlig unhaltbarer erwiesen haben, und ich darf jetzt zur eigentlichen Interpretation der Stelle übergehen.

Nach der jenseitigen Erklärung enthält dieselbe zwei Fälle des Irrthums von durchaus verschiedener Natur — den ersten: Irrthum des Tradenten über das Eigenthum selbst, den zweiten: Irrthum über die causa des Eigenthums. Nach meiner Erklärung sind die beiden Fälle des Irrthums sich völlig gleich, in beiden hält E den P für den Eigenthümer, aber im erstern gibt dieser jenem, in letzterem jener diesem den Auftrag zu dem Verkauf und der Tradition der Sache. Ich lasse jetzt Marcellus selber sprechen.

Servum Titii emi ab alio bona fide et possideo. S. 173.

Indem der Jurist dieses Factum an die Spitze stellt, gibt er

101) l. 1 § 3 de peric. (18. 6) i. f.

II. Jahrg. Bd. II. damit zu erkennen, daß dasselbe gleichmäßig für beide Fälle gelten soll, sowohl für den Fall

(I) mandatu meo eum Titius vendidit, cum ignoraret suum esse, als

(II) vel contra ego vendidi illius mandatu.

Als Besitzer ist also hier wie dort der P zu denken.

Während ich nun, wie ich meine, bei meiner Construction mich streng an die Worte der Stelle halte, ist Scheurl (S. 14) gezwungen, erstens die Anfangsworte bloß auf den ersten Fall zu beziehen und zweitens im zweiten Fall etwas hineinzutragen, was der Jurist nicht sagt, nämlich daß der Erblasser des Titius die Sache tradirt erhalten. Wie Scheurl S. 16 die Worte et possideo für sich benutzen, und darauf hin annehmen will, daß im zweiten Fall der Erblasser als Besitzer zu denken sei, ist mir wahrhaft unerklärlich; es folgt ja aus ihnen gerade das Gegentheil. Der ego wird im Anfang der Stelle als Besitzer charakterisirt und zwar schlechthin, d. h. nicht bloß mit Beziehung auf Fall I. Statt dessen erscheint nun nach der jenseitigen Erklärung bei II der Erblasser als der Besitzer, und bei der Entscheidung springt dann der Jurist wieder von dem einen auf den andern Besitzer. Warum, wenn beide Fälle so verschieden waren, der ego unter I Besitzer und putativer Eigenthümer, unter II aber ein beliebiger Dritter war, warum, frage ich, wählt der Jurist die Form der Darstellung, daß er beide Fälle in einander verwebt, anstatt jeden Fall separat mitzutheilen und zu entscheiden? 102) Eine solche Art der
S. 174. Darstellung zweier Fälle, bei der zunächst das Factische beider mitgetheilt und sodann erst zur Entscheidung übergegangen wird, läßt doch annehmen, daß beiden irgend ein factisches Moment gemeinsam ist. Nach der Scheurl'schen Interpretation ist dies nicht der Fall, als einziges Moment der Gemeinsamkeit erscheint

---

102) Im Gefühl davon und in consequenter Fortführung des einmal begangenen Mißverständnisses haben die Verf. der Basiliken beide Fälle völlig von einander getrennt.

hier der Irrthum bei der Tradition, aber dieser Irrthum selbst II. Jahrg. Bd. II.
ist in beiden Fällen ein ganz verschiedener; im ersten fälschliche Annahme des Eigenthums in der Person eines Andern, im zweiten Annahme des Eigenthums in eigner Person, aber aus einem falschen Grunde, und der Titius, der uns dahin charakterisirt wird, daß er ignoraret suum esse, muß ebenfalls, wie der besitzende ego am Anfang der Stelle, sich eine Umwandlung gefallen lassen, indem das ignoraret suum esse in ein non ignoraret suum esse, sed ex qua causa umschlägt — ohne daß die Stelle selbst die leiseste Hindeutung darauf enthielte.

Nach meiner Interpretation besteht das factisch Gemeinsame beider Fälle in Folgendem:

1) Der P besitzt in dem einen, wie im andern Fall.
2) Der E hält ihn hier wie dort für den Eigenthümer.
3) Der abgeschlossene Kaufcontract bezweckt in beiden Fällen Uebertragung des vermeintlichen Eigenthums des P, nur daß bei I P Mandant des E, bei II E Mandant des P war.
4) In beiden Fällen treten nur diese beiden Personen als handelnd auf, nach außen hin ist der Verkauf und die Tradition, nach innen das Mandatsverhältniß das hier wie dort Gemeinschaftliche.

So erklärt es sich, daß der Jurist in der factischen Darstellung S. 175.
beide Fälle in einander verweben und nach Mittheilung derselben für beide gemeinschaftlich die Frage aufwerfen konnte:

de jure evictionis et mandato quaesitum est.

Wie aber kommt im zweiten Fall E dazu, dem P den Auftrag zu geben, eine Sache, die nach seiner Meinung letzterem gehört, zu verkaufen? Darauf antwortet der Jurist mit den Worten:

cum forte is, cui heres exstiterit, eum emisset.

E hatte den Sklaven von dem P zu fordern und zwar nicht aus eignem, sondern aus dem Contract des Erblassers. Letzteres — weil entgegengesetzten Falls der Kaufcontract als emtio rei suae nichtig und damit die Frage nach dem Evictionsanspruch wegfällig gewesen sein würde. Darum betont er am Ende der

II. Jahrg. Bd. II. Stelle diesen Umstand abermals (ex emto jure hereditario actionem). Zugleich gewinnt damit das Mandat des E an dem P einen ungezwungenen Charakter. Dem Erben konnte ein Sklave, den der Erblasser nöthig hatte, völlig überflüssig sein; ihm war darum zu thun, ihn in bequemster und vortheilhaftester Weise wieder los zu werden.

Allerdings fehlt nun bei dem eum emisset das a me, und daran nimmt Scheurl S. 16 großen Anstoß. Ich könnte ihm dasselbe vielleicht verschaffen, wenn ich die Zahl der gewagten uneigentlichen Geminationen (wie Best[103]) sie nennt) vermehren wollte. Ein Geminationszeichen über das m von eum und das e von emisset, und das me wäre geliefert, und Best würde vielleicht den Muth gehabt haben, wenn man ihm die Präposition e, ex in der Verbindung mit emere, die wenigstens beim Compo-
S. 176. situm red-imere vorkommt[104]), nicht hätte hingehen lassen, auch das a zu liefern. Davor scheue ich nun zwar zurück, allein meiner Meinung nach bedarf es jener beiden Wörtchen gar nicht einmal, sie ergeben sich aus dem Vorhergehenden. Von wem anders, als von P kann der Erblasser die Sache gekauft haben, nachdem uns letzterer einmal als Besitzer und zugleich als derjenige bezeichnet ist, der den Sklaven weiter verkaufen soll?

Jedenfalls, meine ich, würde Marcellus den Vorwurf der „übertriebenen Wortkargheit" weniger verdienen, wenn er die Worte a me ausgelassen, als wenn er versäumt hätte, den entscheidenden Umstand zu erwähnen, auf dessen Annahme die ganze Scheurl'sche Interpretation beruht, daß der Sklav dem Erblasser tradirt worden sei, und mein verehrter Freund, der für seine Interpretation diesen mit nichts angedeuteten Umstand ohne Bedenken supplirt, sollte am wenigsten der meinigen daraus einen Vorwurf machen, daß sie einen Umstand annimmt, der zwar nicht

103) Best, Ratio emend. leges l. 1 § 5.

104) Z. B. l. 20 Solut. mat. (24. 3) ex hostibus redimere.

ausdrücklich namhaft gemacht ist, sich aber aus dem Vorhergehenden von selbst ergibt. II. Jahrg. Bd. II.

Da die Entscheidung des Fall I kein Gegenstand des Streites, und so weit nöthig, bereits unter A. besprochen ist, so wende ich mich der Entscheidung des Falls II zu.

Contra mandator, si rem ab eo vindicare velit, exceptione doli summovetur.

Im Fall I hatte E selbst verkauft, wenn auch als Mandatar des P, und war daher nach bekannten Grundsätzen des römischen Rechts durch den Contract auch selbst verpflichtet worden.

Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emtori.

Hier konnte der Käufer seiner Vindication daher mit der exc. rei vend. et trad. im eigentlichen Sinn begegnen. Anders aber in unserm Fall. Denn wenn er auch dem P zum Verkauf und zur Tradition den Auftrag gegeben, so hatte er doch nicht selbst verkauft und tradirt. Nichtsdestoweniger steht auch hier seiner Klage eine exceptio entgegen[105], aber der Fassung nach ist es nicht die exc. rei vend. et traditae. Marcellus bezeichnet sie mit dem generellen Ausdruck der exc. doli, in andern Stellen wird sie genauer dahin spezialisirt: si non auctor meus ex voluntate tua vendidit (l. 14 de Publ. 6. 2) oder exc. rei voluntate ejus venditae (l. 7 § 6 i. f. pro emt. 41. 4). Der Sache nach ist sie also eine exc. rei vend. et trad. aus der Person des Mandatars des Klägers, und insofern konnte Ulpian in l. 2 § 2 de exc. rei. (21. 3) sie geradezu mit diesem Namen bezeichnen. S. 177.

Et adversus venditorem testatoris sui habet ex emto jure hereditario actionem.

Dem E ist die seinem Testator von dem P verkaufte Sache zwar nicht im eigentlichen Sinn evincirt, und die Evic-

---

105) Einen Anwendungsfall dieser exc. doli bei der Schenkung s. in l. 25 de don. (39. 5).

II. Jahrg. Bd. II. tionsklage[106]) folglich nicht begründet, allein sie ist ihm doch verloren gegangen, und dieserhalb steht ihm die durch eine Eviction im eigentlichen Sinn nicht bedingte act. emti gegen denselben zu[107]).

Der venditor testatoris sui, der P, ist dieselbe Person, die im Anfang als ego bezeichnet wird, und es muß befremden, daß Marcellus nicht einfach adversus me sagt, und ich will, nachdem ich meinem verehrten Gegner bisher alle und jede Einwen-
S. 178. dungen bestritten, ihm schließlich hierin wenigstens Recht geben. Ja ich will davon Anlaß nehmen, die Möglichkeit einer etwas andern Auffassung einzuräumen, die aber das Wesentliche meiner Erklärung gar nicht berührt. Der E hätte nämlich den Auftrag zum Verkauf des Sklaven statt dem P auch einem Dritten geben können. Nehmen wir dies an, so paßt die Entscheidung nicht minder — denn auch hier hat durch den Mandatar nicht das Eigenthum des E, sondern des P übertragen werden sollen — und das Anstößige des bei emisset fehlenden a me und des adversus venditorem verschwindet. Allein dafür taucht an einer andern Stelle eine neue ärgere Unzuträglichkeit wieder auf. Während nämlich der Jurist den Mandatar (ego vendidi illius mandatu) im Anfang der Stelle als den putativen Eigenthümer bezeichnet (emi et possideo), müßte man annehmen, daß der zweite ego ein anderer sein soll, als der erste. Außerdem würde auch die ganze, für die Form der gewählten Darstellung so bestimmende Symmetrie der Stelle, jene Antithese zwischen dem wahren Eigenthümer, der im Auftrag des putativen, und dem putativen, der im Auftrag des wahren verkauft, zerstört und dafür eine völlig überflüssige, bedeutungslose dritte Person hineingespielt. Die der letztern zugedachte Rolle kann ebenso gut der Verkäufer übernehmen. Darum, alles für und gegen erwogen,

106) Paul, Sent. rec. II. 17 § 1—3.

107) S. außer der von Scheurl angeführten l. 41 § 1 de evict. (21. 2) die l. 9 ibid. .. amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci, sed in ex emto actione decurrendum est.

entscheide ich mich doch lieber für die obige Construction des Falls. II. Jahrg. Bd. II.
Die Wendung adversus venditorem testatoris sui statt me ließe sich etwa so beschönigen, daß Marcellus die Qualität des ego als Verkäufer im Gegensatz zu der als Mandatar hervorheben wollte („gegen ihn als Verkäufer"), jedenfalls ist sie, wenn auch auffällig, doch nicht falsch.

Das Resultat meiner Interpretation für die in diesem letzten Abschnitt behandelte Lehre ist zwar nur ein negatives, aber darum nicht minder wichtig, es entzieht der Irrlehre von dem Einfluß des Irrthums über die causa des Eigenthums den einzigen quellen- S. 179.
mäßigen Anhaltspunkt. Andererseits aber ist damit die Zahl der Stellen gegen die im Abschnitt IV besprochene Durchgangstheorie um eine vermehrt, und mit dieser positiven Bedeutung der Stelle, die mich ursprünglich in meiner Abhandlung (Nr. III) allein auf sie geführt hatte, will ich schließen. Ginge im Fall II der Besitz von P nicht direct auf den Käufer über, sondern erst durch die Person des E hindurch, so würde, da hier der E als Tradent des Empfängers anzusehen wäre, dieser Tradent aber, wenn auch ohne es zu wissen, das Eigenthum hatte, nach der Regel: plus est in re u. s. w., letzteres selbst auf den Käufer übergehen. Indem aber unsere l. 49 in Uebereinstimmung mit der l. 15 § 2 de cont. emt. (18. 1) diesen Eigenthumsübergang ausschließt, liefert sie damit in der That den Beweis, den ich ihr an jener Stelle entnehmen wollte.

Ich will hiermit meine Erwiderung auf die Bemerkungen meines geehrten Freundes schließen, indem ich mir diejenigen, die sich auf den Unterschied zwischen dem Stellvertreter und Ersatzmann beziehen (S. 25—32), auf die Bearbeitung der Lehre von der Stellvertretung verspare. Nur rücksichtlich eines Punktes fällt es mir schwer, meine Rechtfertigung so lange zurückzuhalten, nämlich rücksichtlich meines angeblichen Mißverständnisses der l. 13 Cod. si cert. pet. (4. 2) (Abhandlung III S. 175, Scheurl S. 30), da aber die Sache selbst für das größere Publikum kein

II. Jahrg. Bd. II. Interesse hat, so will ich mich bescheiden, die Materialien zu meiner Vertheidigung in der Note zusammenzustellen [108]).

S. 180. Wenn ich so selbst noch in der letzten Note meinem verehrten Freunde gegenüber meinen Widerspruchsgeist nicht verläugnen kann, so scheide ich doch von ihm mit dem aufrichtigen Dank dafür, daß er denselben herausgefordert hat. Er hat mich dadurch in die Nothwendigkeit versetzt, meine Ansichten schärfer und klarer zu entwickeln und mir zu neuen Untersuchungen die Anregung gegeben.

---

108) 1) Zu Principaliter obligatum. Daß der Ausdruck sich dem Sinn nach, wie ich es gethan, mit „eigentliches Subject der Obligation" übersetzen ließ, wodurch nur der Gedanke an die accessorische Verpflichtung eines Andern abgewehrt werden sollte, daß also principaliter im Sinn von: ausschließlich, von mir benutzt werden durfte, dafür s. z. B. l. 2, l. 24 Cod. ad SC. Vell. (4. 29), l. 12 pr. Mand. (17. 1). 2) Zu pecuniam sumsit, licet in res alienas. Der Sinn, in dem Scheurl die Worte nimmt, ist an sich möglich, aber hier unmöglich („der Anleiher soll verpflichtet bleiben, obschon (!) er fremde Sachen verpfändet hat" — als ob die Verpfändung seine Verpflichtung hätte ausschließen können! — und was sollen die Worte: creditore non contemplatione domini eam foenori dante, wenn das Darlehn nicht das Interesse dieses dominus bezweckte?). Daß jene Wendung: „für fremde Angelegenheiten" bedeutet, dafür s. folgende Belege:

- in res alienas, in rem alicujus sumere, accipere, credere, dare pecuniam, mutuare l. 17 pr., l. 20 § 1 de in rem. vers. (15. 3), l. 2 § 4 Mand. (17. 1), l. 2 Cod. ad SC. Mac. (4. 28), l. 12 Cod. si cert. (4. 2).
- in rem communem mutuari l. 17 § 2 ad SC. Vell. (16. 1).
- in navem credere l. 1 § 11 de exerc. (14. 1).
- ad merces accipere l. 13 pr. de inst. (14. 3).
- in rem domini fidejubere l. 47 § 1 de pec. (15. 1).

Am schlagendsten die l. 16 pr. de pign. act. (13. 7), l. 8 Cod. Mand. (4. 35) u. l. 3, 7 Cod. si aliena (8. 16), wo das in rem pupilli accipere und die Verpfändung neben einander erwähnt werden. 3) Zu contemplatione l. 7 § 1 Cod. quod cum eo (4. 26), l. 10 § 5 de in rem (15. 3).

Dritter Band
(1859).

V. Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract.

I. Ueber den Sinn des Satzes: Der Käufer trägt die Gefahr, mit besonderer Beziehung auf den Fall des mehrfachen Verkaufs.

Die Beschäftigung mit dem Gegenstand der vorliegenden Abhandlung ist mir in doppelter Weise recht lehrreich gewesen, sie hat mich zwei auf die Erkenntniß des Rechts bezügliche Erfahrungen machen lassen. Die erste: daß es sich mit der Erkenntniß der wahren Natur der Rechtssätze ähnlich verhält, wie mit der der Menschen, insofern es nämlich bei beiden oft einer ganz besondern Lage, einer ungewöhnlichen, sie auf die Probe stellenden Situation bedarf, um ihr wahres Wesen zum Vorschein zu bringen. Wenn es mir, wie ich hoffe, gelungen ist, den wirklichen Sinn des in der Ueberschrift genannten Satzes aufzufinden, so verdanke ich diesen Fund lediglich einem eigenthümlichen Anwendungsfall desselben, bei dem das Verkennen des wahren Sinnes mehr als in irgend einem andern Fall zu Resultaten führt, gegen die das natürliche Rechtsgefühl Protest erhebt. Es ist dies der Fall des mehrfachen Verkaufs oder, um die Frage zu bezeichnen,

III. Jahrg. Bd. III. S. 449.

S. 450.

II. Jahrg. Bd. III. um die es sich hier handelt, die Frage: Kann der Verkäufer, welcher Mehreren hinter einander abgesondert dieselbe Sache verkauft hat, im Fall ihres casuellen Untergangs von jedem der Käufer den Kaufpreis fordern? Bei Gelegenheit einer anderen Untersuchung hatte ich vor Jahren diese Frage im Vorbeigehen gestreift[2]) und sie nach Maßgabe unserer Quellen bejahen zu müssen geglaubt, so wenig ich mir freilich das Unbillige dieser Entscheidung zu verhehlen vermochte. Hätte ich damals — und damit bezeichne ich meine zweite Erfahrung — die Frage, anstatt bloß theoretisch, praktisch an einem wirklichen Rechtsfall zu entscheiden gehabt, wie ich vor Kurzem dazu genöthigt war, vielleicht wäre damals schon die richtige Ansicht bei mir zum Durchbruch gekommen. Es ist in der That ein anderes Ding, unbekümmert um die Folgen und das Unheil, das ein Rechtssatz, den man in den Quellen zu lesen oder aus der Consequenz zu entnehmen glaubt, im Leben anstiftet, sich rein theoretisch mit ihm abzufinden oder aber ihn zur Anwendung zu bringen. Eine ungesunde Ansicht, wenn sonst nur das Subject selbst noch gesund ist, hält eine solche Probe nicht aus. Wie manche derartige theoretische Ansichten würden von ihren Urhebern oder Anhängern als das, was sie sind, erkannt und von ihnen zurückgenommen werden, wenn letztere rücksichtlich ihrer einmal auf dieselbe Probe gestellt würden, wie ich in Betreff der meinigen!

Zu meiner Entschuldigung will ich übrigens hinzufügen, daß
S. 451. auch die wenigen Schriftsteller, welche sich später über die Frage haben vernehmen lassen[3]), meinen Irrthum getheilt und mir

---

2) Abhandlungen aus dem römischen Recht. Leipzig 1844. S. 59 und 71.

3) Stoffregen in den von Osenbrüggen herausgegebenen (von Anfängern verfaßten) Dorpater Studien. Dorpat 1849. S. 84—123 (soviel mir bekannt, die einzige Abhandlung, welche das Verhältniß des mehrfachen Verkaufs selbständig behandelt). Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Braunschweig 1853. Bd. 1 S. 298 Note. Windscheid in der Kritik dieser Schrift in der Heidelb. krit. Zeitschrift Bd. II

damit zu meiner Freude die Möglichkeit offen gelassen haben, III. Jahrg. Bd. III.
ihn selbst zuerst als solchen zu erkennen und öffentlich zurückzunehmen.

Den Anstoß dazu verdanke ich einem Rechtsfall, der vor Kurzem an die hiesige (Gießener) Fakultät zur Entscheidung gelangte und mir zum Referat zufiel. Nie in meinem Leben hat mich ein Rechtsfall in dem Maße — in Verlegenheit ist zu wenig gesagt — in Gemüthsaufregung versetzt, wie dieser, und wenn theoretische Verirrungen überhaupt eine Strafe verdienen, so ist mir dieselbe damals in reichem Umfang zu Theil geworden. Meine eigene, von der dabei interessirten Partei in Bezug genommene Ansicht zur Anwendung zu bringen, dagegen lehnte sich Alles, was von Rechtsgefühl und juristischem Takt in mir war, aufs Entschiedenste auf, und andererseits konnte ich doch Wochen lang keinen Ausweg finden, bei dem sich mein juristisches Gewissen hätte beruhigen mögen.

Der Fall ist folgender.

Ein englisches Handlungshaus X besaß an mehreren Rostocker Schiffen Schiffsparten und hatte dieselben einem andern englischen Hause B zum Verkauf offerirt, ohne daß die Verhandlungen zum Abschluß geführt hätten. Bei seiner Anwesenheit in Rostock verkaufte der Reisende dieses Hauses am 27. August eins dieser Schiffsparten, das an dem Schiffe Z, an den dortigen Kaufmann A, den Correspondentrheder dieses Schiffs. Obschon von S. 452.
diesem Verkauf benachrichtigt, stand doch der Prinzipal X selbst nicht an, am 24. September ein erneuertes Gebot des B auf sämmtliche Schiffsparten (einschließlich des bereits verkauften) anzunehmen und den Handel durch Tradition der Eigenthumsakten sofort auszuführen. In der dadurch veranlaßten Correspondenz entschuldigte er dies damit: B habe nur die sämmtlichen Schiffsparten oder gar keine nehmen wollen, und da er, der X,

---

S. 134. Fr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht. Braunschweig 1859. Heft 1 S. 110.

III. Jahrg. Bd. III. dieselben gern alle habe los sein wollen, so habe er keinen Anstand getragen, den Handel abzuschließen, in der sichern Erwartung, daß A als langjähriger Geschäftsfreund ihm zu Gefallen ihn seiner Verpflichtung entbinden werde. Letzterer erklärte sich jedoch dazu außer Stand, weil er seinerseits das Schiffspart bereits weiter verkauft habe, und bat um Uebersendung der Eigenthumsakten; nicht lange darauf jedoch, am 13. October, machte er dem X die Meldung, es sei ihm gelungen, den Verkauf rückgängig zu machen, und entlasse er ihn hiermit seiner Verbindlichkeit, was letzterer umgehend am 18. d. M. acceptirte, jedoch am 21. mit dem Bemerken widerrief, daß das Schiff, wie A selbst bereits inzwischen erfahren haben werde, in der Nacht vom 1. auf den 2. October untergegangen sei.

Indem ich verschiedene Momente, die für den gegenwärtigen Zweck nicht von Interesse sind, übergehe, füge ich noch hinzu, daß der zweite Käufer B die Eigenthumsakte zum Zweck der Notification und Anerkennung des erfolgten Eigenthumsüberganges an den A als Correspondentrheder übersandt, letzterer jedoch wegen seiner eignen Ansprüche bis zum 13. October (an welchem Tage angeblich die Nachricht vom Untergang des Schiffs in Rostock eingetroffen sein soll) diese Anerkennung verweigert und die Papiere zurückbehalten hatte — ein Umstand, der nach der Behauptung des Verkäufers es verschuldet hat, daß er seines Anspruches
S. 453. auf den Kaufpreis gegen den B verlustig gegangen ist, da nach englischem Recht vor vollständig beschaffter Tradition die Gefahr den Verkäufer treffe, im vorliegenden Fall aber jene Weigerung des A den Eigenthumsübergang des Schiffs auf den B verhindert habe. X hat darauf hin den A auf Zahlung des Kaufpreises belangt. Das Gericht erster Instanz verurtheilte den Beklagten, aus Gründen, die mit dem Gegenstande unserer Untersuchung nichts gemein haben und in zweiter Instanz mit Recht verworfen wurden. Das Urtheil zweiter Instanz lautete auf Freisprechung, und dasselbe ward von der hiesigen Fakultät, nur mit Substitui-

rung anderer Entscheidungsgründe — im Wesentlichen dieselben, III. Jahrg. Bd. III.
welche ich im Folgenden näher ausführen werde — bestätigt.

Indem ich mich jetzt der Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage zuwende, will ich zunächst einen Irrthum berichtigen, der, so lange er anhielt, den Weg zum Richtigen völlig versperrte. Ich habe nämlich früher angenommen, und mit mir die oben genannten Schriftsteller, daß Paulus in der berühmten l. 21 de hered. vend. (18. 4) unsere Frage, ob der Verkäufer von jedem der mehreren Käufer den Kaufpreis fordern könne, bejahe, während dies in der That keineswegs der Fall ist — ein Irrthum, auf den ich erst durch die Entscheidungsgründe des Urtheils zweiter Instanz aufmerksam geworden bin.

In jener Stelle untersucht Paulus die Frage, ob der Käufer einer Erbschaft den von dem Verkäufer durch den Verkauf einzelner Sachen aus der Erbschaft gelösten Kaufpreis in Anspruch nehmen könne oder aber sich mit dem wahren Werth der Sachen (d. h. also im Fall des Untergangs derselben mit nichts) begnügen müsse. Indem er nun die erstere Frage bejaht, be- S. 454.
merkt er, daß sich dies beim Verkauf einer einzelnen Sache anders verhalte:

> Nam si eundem hominem tibi vendidero et necdum tradito eo alii quoque vendidero pretiumque accepero mortuo eo videamus ne nihil tibi debeam ex emto, quoniam moram in tradendo non feci; pretium enim hominis venditi non ex re sed propter negotiationem percipitur et sic fit quasi alii non vendidissem; tibi enim rem debebam, non actionem.

Paulus spricht in der ganzen l. 21 nur von der act. emti. Der act. venditi zu gedenken, hatte er weder eine Veranlassung, noch hat er es gethan. Wenn ich mich jetzt frage, was früher den Schein des Gegentheils in mir hervorgerufen hat, so bin ich mir darüber selbst nicht klar. Als einzige Quelle des Irrthums vermag ich mir jetzt nur noch die Worte: sic fit quasi

III. Jahrg. Bd. III. alii non vendidissem zu denken. Ist es nämlich, so könnte man sagen, ebenso gut, als ob der Verkäufer den zweiten Contract gar nicht abgeschlossen hätte, kann sich der erste Käufer gar nicht darauf berufen, so muß letzterer zahlen. Allein ich brauche wohl nicht erst zu bemerken, daß Paulus diesen Gesichtspunkt nicht für eine Frage, an die er gar nicht gedacht, sondern, wie schon aus der Wendung: sic fit hervorgeht, nur für die, mit der er allein sich beschäftigt, hat aufstellen wollen, m. a. W., daß der Käufer sich nicht auf den zweiten Verkauf in dem Sinne berufen darf, um den dadurch gewonnenen Kaufpreis für sich in Anspruch zu nehmen[4]).

So wenig nun diese Stelle für die Bejahung unserer
S. 455. Frage, ebenso wenig gewährt für die Verneinung derselben die l. 21 de lege Corn. de fals. (48. 10):

> Qui duobus in solidum eandem rem diversis contractibus vendidit, poena falsi coercetur

einen Anhaltspunkt. Der Schluß von der criminellen Strafbarkeit einer Handlung auf ihre civilrechtliche Unwirksamkeit ist kein begründeter, und wäre er es, so würde er es ja nur für den Fall des wissentlichen doppelten Verkaufs sein, für den des unwissentlichen (s. u.) wäre damit aber nichts gewonnen.

Von einzelnen positiven Aeußerungen des römischen Rechts verlassen, werden wir also die Frage nach allgemeinen Prinzipien zu beantworten haben, und da scheint in der That von vornherein eine Bejahung derselben kaum zu vermeiden.

Daß bei einem doppelten Verkauf beide Contracte civilrechtlich gültig sind, bedarf nicht der Bemerkung. Jeder der Käufer hat die act. emti, der eine erhält die Sache, der andere die Schätzung oder das Interesse[5]), beides natürlich nur gegen Zahlung, beziehungsweise Abzug des Kaufpreises von der Schätzungs-

---

4) Das Nähere über diese uns hier nicht weiter interessirende Frage in meinen oben citirten Abhandlungen S. 58 u. fl. und jetzt auch in der oben angeführten zweiten Schrift von Mommsen.

5) l. 6 Cod. de hered. vend. (4. 39).

summe. Ebenso hat der Verkäufer ganz nach allgemeinen Grundsätzen gegen beide die act. venditi, d. h. sie können ihm nicht den doppelten Verkauf als solchen, sondern nur, wie überall, die exc. non adimpleti contractus entgegensetzen, insofern dieselbe begründet ist. Mit dem casuellen Untergang der Sache fällt aber, insofern, wie es die Regel, der Käufer den Schaden zu tragen hat[6]), diese Einrede bekanntlich hinweg — die Unmöglichkeit der Leistung befreit den Verkäufer von der Verpflichtung zur Leistung, oder, wie die römischen Juristen es auch wohl ausdrücken, es ist so gut, als hätte er geleistet[7]). Ist aber der Umstand, daß der Verkäufer doppelt verkauft hat, an sich rechtlich einflußlos, bestehen beide Contracte, so lange die Sache existirt, völlig unabhängig neben einander, ohne sich gegenseitig zu beeinträchtigen, warum sollte sich dies ändern, wenn die Sache untergeht? Freilich hätte der Verkäufer beiden Käufern nicht leisten können, allein die Frage von der Möglichkeit der doppelten Beschaffung der Leistung ist ja jetzt vollständig erledigt; jedem der beiden Käufer, der sich darauf beriefe, könnte er entgegnen, daß er gerade ihm geleistet haben würde. Kurz, wie man auch die Sache nehmen will, der Verkäufer hatte von Anfang an gegen jeden die actio venditi, das einzige dagegen zuständige Schutzmittel, die exc. non adimpl. contr., ist aber für jeden hinweggefallen — folglich kann der Verkäufer von jedem den Kaufpreis fordern.

III. Jahrg. Bd. III. — S. 456.

Der Widerspruch, in den dieses Resultat mit den einfachsten Anforderungen des Rechtsgefühls tritt, liegt auf der Hand, und ich stimme ganz dem scharfen Urtheil bei, welches Mommsen[8])

---

6) Hat der Verkäufer aus irgend einem Grunde (Mora, mittelbare Verschuldung oder vertragsmäßige Uebernahme des Casus) den Schaden zu tragen, so haftet er natürlich jedem Käufer ganz.

7) Die Stellen s. u.

8) In den beiden Schriften a. a. O. Ich weiß nicht, wie Mommsen dazu kommt, mir in der zweiten Schrift a. a. O. die entgegengesetzte Ansicht unterzulegen und darauf hin die Bemerkung über das „Verführerische der

III. Jahrg. Bd. III. darüber fällt. Aber wie ihm ausweichen? Wahrhaft verzweifelte Anstrengungen sind zu dem Zweck gemacht bei Gelegenheit eines Rechtsfalls, welcher in den oben angeführten Dorpater Studien referirt ist, wenn wenigstens die dort mitgetheilten fünf Gutachten wirklich ausgestellt worden sind. Die verschiedenen Auswege, die dort versucht werden, sind so unmöglich, die ganze Begrün-
S. 457. dung ist eine so augenfällig unhaltbare, daß wir es, ohne sie selbst einer Mittheilung zu würdigen, bei der Widerlegung, die der jugendliche Verfasser jener Abhandlung ihnen gegeben hat, bewenden lassen können.

Dagegen bedürfen zwei andere Versuche, um zu jenem Resultat zu gelangen, einer nähern Prüfung.

Der eine — seines Urhebers nicht würdige — stammt von Mommsen[9]). Dieser Schriftsteller glaubt nämlich in der Weise helfen zu können, daß „der Schuldner, der die geschuldete Sache dolose veräußert habe, jedenfalls, um den Entschädigungsanspruch von sich abzuwenden, beweisen müsse, daß die Sache auch ohne die Veräußerung untergegangen sein würde — ein Beweis, der, wenn man es streng damit nehme, nicht leicht geführt werden könne". Offenbar versteht hier Mommsen unter Veräußerung Tradition, sein Mittel würde also, in so weit es sich überhaupt als ausreichend erweisen sollte, nur für den Fall eine Hülfe gewähren, wenn die beiden von ihm genannten Voraussetzungen: Dolus des Verkäufers und Tradition der Sache, vorhanden wären, mithin uns im Stich lassen, wenn der Verkäufer zwar dolose verkauft, aber nicht tradirt, oder zwar tradirt, aber den zweiten Contract nicht doloser Weise (s. u.) abgeschlossen hatte. Allein reicht jenes Mittel auch nur einmal in dem angegebenen Fall aus? Ich muß dem entschieden widersprechen. Ganz abgesehen davon, daß es nicht im Ermessen des Richters steht, einen Beweis je nach

---

strengen Consequenz", statt wie in der ersten Schrift an Paulus, an mich zu adressiren; ich hatte ja jene Consequenz nicht gezogen, sondern glaubte sie, ebenso wie Mommsen selbst, bei Paulus wahrzunehmen.

9) Erörterungen Heft 1 S. 110 Anm. 6.

Umständen bald strenger, bald weniger streng zu nehmen, so läßt III. Jahrg. Bd. III.
sich ja nicht bloß in manchen Fällen, in denen mit der Tradition eine Ortsveränderung der Sache (aus dem Hause des Verkäufers in das des Käufers) verbunden gewesen ist, zur Evidenz nachweisen, daß die Sache ebenso gut bei dem Verkäufer untergegangen sein würde (man denke z. B. an Naturzufälle, Ueberschwemmungen, Erdbeben u. s. w., ansteckende Krankheiten, innere Ursachen S. 458.
u. a.), sondern es kann die Tradition ohne alle Ortsveränderung, ja ohne Berührung der Sache vor sich gehen. Welchen Einfluß hatte in unserm obigen Fall die Uebergabe der Eigenthumspapiere an den zweiten Käufer auf den Untergang des Schiffs? Oder: das dem ersten bloß verkaufte, dem zweiten verkaufte **und** tradirte Pferd bleibt nach der Tradition im Stalle des Verkäufers stehen, das von dem Antiquar, Goldschmied, Kaufmann u. s. w. verkaufte Buch, Etui, Tuch u. s. w. wird aus Versehen von seiner Frau oder dem Ladenburschen einem Andern abermals verkauft **und tradirt**, von diesem aber, um es demnächst abholen zu lassen, zurückgelassen. Hier mag der Richter den Beweis noch so streng nehmen, wie sollte der Verkäufer nicht den Beweis erbringen können, daß die Sache auch ohne die Veräußerung untergegangen wäre.

Der zweite Versuch, dessen ich zu gedenken habe, und den ich ebenfalls nicht für gelungen erklären kann, ist der Weg, welchen in dem obigen Fall die Entscheidungsgründe zu dem Urtheil zweiter Instanz eingeschlagen hatten. Im Anschluß an die besondern Umstände des concreten Falls suchten sie den Grund der Befreiung des ersten Käufers in der **wissentlichen** Verletzung desselben von Seiten des Käufers durch **Tradition** an den zweiten Käufer. Der Belastung des Käufers mit dem Periculum der verkauften Sache correspondire auf Seiten des Verkäufers die Verpflichtung, über dieselbe nicht anderweitig zu disponiren. Thue er dies dennoch, indem er die Sache einem Andern tradire, so entbinde er damit den Käufer von der Gefahr. Durch eigene rechtswidrige Handlung habe er sich die Erfüllung des Contracts von seiner

III. Jahrg. Bd. III. Seite unmöglich gemacht. Geselle sich immerhin zu dieser subjectiven Unmöglichkeit durch Untergang der Sache noch die ob-
S. 459. jective hinzu, so werde dadurch der bisherige rechtliche Zustand nicht alterirt, m. a. W. die exc. doli, welche dem Käufer bis dahin als dilatoria gegen die act. vend. zugestanden habe, werde jetzt zur perpetua. Der Zufall befreie von einer Leistung nur dann, wenn er allein (nicht schon eine frühere Handlung des Schuldners) sie unmöglich gemacht habe; die Folgen eines früheren Dolus würden, wie l. 21 pr. de evict. (21. 2) zeige, dadurch hinterher nicht aufgehoben.

Ich will nicht urgiren, daß die hier gebotene Hülfe ebenfalls auf die doppelte Voraussetzung des Dolus und der Tradition beschränkt ist, uns also überall, wo es an einer derselben gebricht, im Stich läßt. Aber, so weit ich sehe, reicht sie nicht einmal bei dem Vorhandensein jener beiden Voraussetzungen aus [10]).

„Der Verkäufer verkauft und tradirt dem zweiten Käufer. Darin liegt eine wissentliche Verletzung seiner Verbindlichkeit gegen den ersten, ein Dolus." Gewiß, aber daraus folgt zunächst noch nicht, daß er seiner Rechte gegen letztern verlustig gehe; seine act. venditi dauert fort. Freilich wird dieselbe, so lange er sich die Sache nicht wieder verschafft, erfolglos bleiben, allein nicht seines Dolus wegen, sondern weil er nicht leisten kann. Ist dies letztere Hinderniß rechtzeitig gehoben, so äußert jener Dolus keine Wirkungen weiter, namentlich kann also der Käufer, wenn ihn z. B. der Handel jetzt gereut, jenen Vorwand nicht benutzen, um mittelst einer exc. doli der act. venditi zu entgehen. Ein Dolus, der keine nachtheiligen Folgen ausgeübt hat, kommt rechtlich gar
S. 460. nicht in Betracht [11]); nicht die Bestrafung der schlechten Absicht,

10) Ich gebe im Folgenden meine eigne Ansicht: in den Entscheidungsgründen des Urtheils des obigen Rechtsfalls habe ich nach Ansicht der Majorität des Collegiums die Sache etwas anders fassen müssen.

11) S. z. B. l. 1 § 5 de dolo (4. 3), l. 2 § 1 si quis in jus (2. 5), ebenso bei der Beschädigung fremder Sachen l. 27 § 28 ad leg. Aq. (9. 2), l. 7 § 7, l. 18 pr. quod vi (43. 24).

sondern der Ersatz des dem Andern gestifteten Schadens ist III. Jahrg. Bd. III.
Zweck der auf Grund desselben gegebenen Rechtsmittel.

Durch die bloße Veräußerung an einen Andern hat aber der Verkäufer sich die Erfüllung des ersten Contracts ja noch keineswegs unmöglich gemacht, er kann die Sache rechtzeitig zurückerwerben, ja durch ein pactum de retrovendendo die bloße abstracte Möglichkeit zur rechtlichen Sicherheit erhoben haben. Geht nun die Sache vorher an einem Zufall, der sie auch ohne die Veräußerung getroffen haben würde, unter, so steht so viel fest, daß der Käufer von dem Verkäufer nichts mehr verlangen[12]), nicht also etwa so argumentiren kann: du hast wissentlich den Contract verletzt, folglich haftest du. Absorbirt aber für die act. emti der Casus den Dolus[13]), die eingetretene objective Unmöglichkeit der Leistung die ihr vorausgehende subjective Unfähigkeit, so ist nicht abzusehen, warum für die act. venditi etwas Anderes gelten, d. h. der Käufer sich, um der Zahlung des Kaufpreises zu entgehen, darauf soll berufen dürfen: du hast einen (mir freilich völlig unschädlichen) Dolus gegen mich begangen. Worauf er sich allein berufen könnte, wäre: du hast nicht geleistet; dieser Einwand aber ist durch den Casus beseitigt. S. 461.

Die bisherigen Versuche, der offenbaren Unbilligkeit der doppelten Zahlung des Kaufpreises zu entgehen, mußten erfolglos

---

12) l. 45 de O. et A (44. 7): Is qui ex stipulatu Stichum debeat, si eum ante moram manumiserit (wodurch er also nicht bloß eine subjective und factische, sondern eine absolute und rechtliche Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt hat) et is priusquam super eo promissor conveniretur, decesserit, non tenetur, non enim per eum stetisse videtur, quominus eum praestaret.

13) Begreiflicherweise soll damit nicht gesagt werden, daß eine einmal begründete act. de dolo durch Untergang der Sache, an der derselbe begangen, erlösche, dies ist für diese Klage so wenig der Fall, als für andere Klagen, z. B. die act. legis Aquiliae. Dies und nicht mehr sagt die oben citirte l. 21 de evict. In unserm vorliegenden Fall handelt es sich um einen Dolus, dem noch ein wesentliches Moment: der dem Gegner angestiftete Schaden fehlt.

III. Jahrg. Bd. III. bleiben, weil sie, anstatt die Axt an die Wurzel zu legen, d. h. die juristische Unstatthaftigkeit einer solchen doppelten Erhebung des Kaufpreises (ganz abgesehen von allen persönlichen Momenten in der Person des Verkäufers) zu constatiren, in diesen persönlichen Momenten Rettung suchten. Möge jene Unbilligkeit immerhin in dem Fall, den sie vor Augen haben, wenn nämlich der zweite Verkauf mala fide abgeschlossen und die Sache dem einen der Käufer tradirt war, am grellsten hervorspringen — ich meine, auch in den zwei andern denkbaren Fällen, wenn nämlich der zweite Verkauf bona fide geschlossen[14]) oder bei dem mala fide geschlossenen die Sache noch vor der Tradition untergegangen war, ich meine, auch hier wird sich das gesunde Rechtsgefühl gegen die doppelte Zahlung des Kaufpreises entschieden auflehnen.

Soll hier nun Hülfe geschafft werden, so kann dieselbe nur an einem Punkt gesucht werden, nämlich in dem Rechtssatz, der die Quelle jener Unbilligkeit selber ist, dem Satz: daß der Verkäufer nach Untergang der Sache von dem Käufer den Kaufpreis fordern kann. Wir müssen den Sinn und Zweck dieses Rechtssatzes zu ermitteln und daraus zu deduciren suchen, daß sich mit
S. 462. ihm die doppelte Beitreibung des Kaufpreises nicht verträgt, oder, was dasselbe, daß dem Anspruch des Verkäufers mit der einmaligen Zahlung vollkommen Genüge geschieht.

Ueber den eigentlichen Grund jenes Rechtssatzes herrscht bekanntlich bei unsern Juristen keineswegs Einverständniß. Ohne mich auf die Literatur ausführlicher einzulassen, will ich nur so viel bemerken, daß ich mit dem neuesten Schriftsteller, der sich darüber hat vernehmen lassen[15]), dahin einverstanden bin, daß

---

14) Beispiele: bei der erbschaftlichen Auction kommt die bereits vom Erblasser verkaufte Sache zur Versteigerung; der Stellvertreter führt den ihm gegebenen und aus Versehen nicht zurückgenommenen Verkaufsauftrag aus, nachdem der Prinzipal selbst bereits verkauft hat; der eine Ladenbursche verkauft die bereits von dem andern verkaufte Sache u. s. w.

15) Mommsen in den angef. Beiträgen Bd. I. S. 347—349.

die zuerst von Wächter[16]) vorgeschlagene, von Manchen ange- III. Jahrg. Bd. III.
nommene und auf den ersten Blick allerdings höchst scheinbare Erklärung, der zufolge nach strenger Rechtsconsequenz die act. venditi fortdauern müsse, obschon die act. emti durch Untergang der Sache beseitigt sei, zu der Art und Weise wie die römischen Juristen sonst das Verhältniß zwischen Leistung und Gegenleistung bei den zweiseitigen Contracten auffassen, nicht stimmt. Was dieser Schriftsteller selbst dafür an die Stelle setzt, befriedigt mich ebenfalls nicht. Er betrachtet nämlich den Satz als eine Ausnahme von dem angeblich aus dem Wesen der zweiseitigen Obligationen sich ergebenden Grundsatz, daß die beiderseitigen Leistungen sich gegenseitig bedingen, mithin der Wegfall der einen auch den der andern nach sich ziehe — eine Ausnahme, die er sodann durch die beim Kaufcontracte von einigen römischen Juristen aufgestellte Fiction der Erfüllung von Seiten des Verkäufers zu erklären sucht. Indem ich mir vorbehalte, auf diese Fiction unten zurückzukommen, will ich hier nur bemerken, daß sie in der That, statt einer Erklärung, nur einen andern Ausdruck für den zu erklärenden Satz gibt[17]). Warum fingiren jene Juristen beim S. 463.
Kauf- und nicht auch beim Miethcontract?

Ohne mich hier nun weiter in eine Polemik gegen fremde Ansichten einzulassen, will ich kurz diejenige mittheilen, welche ich für die richtige halte.

Das Eingreifen eines Casus in bestehende zweiseitige Obligationsverhältnisse wird nur dadurch möglich, daß zwischen die

---

16) Archiv für civilist. Praxis Bd. 15 S. 189 fl.

17) Dasselbe muß ich von der verbesserten Gestalt bemerken, welche Windscheid in der Recension der Mommsen'schen Schrift, Heidelberger krit. Zeitschr. II. S. 136, 137, jenem Gedanken glaubt geben zu können (der Abschluß des Kaufvertrags sei die Erfüllung — sobald der Kaufvertrag perfekt, habe der Käufer die Sache bereits in seinem Vermögen). Ganz abgesehen von der höchst bedenklichen Fassung des Gedankens, so frage ich: gibt er uns eine wirkliche Erklärung, d. h. ein praktisches Motiv? — und ein anderes kann doch ein Satz von so eingreifender praktischer Wichtigkeit nicht gehabt haben.

III. Jahrg. Bd. III. Begründung und Erfüllung derselben ein Zwischenraum fällt. Während dieser Zwischenraum, diese Zugänglichkeit des Geschäfts für den Casus nun bei allen solchen Leistungen, welche die Fortdauer eines gewissen Zustandes während einer gewissen Zeit zum Gegenstand haben (Sachenmiethe und Dienstverhältniß), eine unabwendliche, in der Natur des Geschäfts gelegene Nothwendigkeit ist und darum von beiden Theilen gleichmäßig (d. h. also so, daß der Casus die beiderseitigen Ansprüche aufhebt) zu tragen ist, verhält sich dies beim Kaufcontract umgekehrt. Ein Aufschub der Leistung nach Abschluß des Contracts kann allerdings zufällig in den concreten Verhältnissen der Personen und der Sache begründet sein, in dem Begriff des Kaufcontracts als solchen liegt er nicht. Die natürlich-einfache — und, wie ich glaube, auch die historisch-ursprüngliche — Form desselben besteht darin, daß Abschluß und Erfüllung zusammenfallen; Kaufen und Verkaufen ist sofortiges Nehmen (emere) und Geben (venum dare). Bei
S. 464. dieser einfachsten Gestalt des Geschäfts geht mit dem Abschluß desselben die Gefahr auf den Käufer über, die Frage von der Gefahr beantwortet sich hier von selbst, oder richtiger sie wirft sich gar nicht einmal auf. Anders aber, wenn jene beiden Momente: Abschluß und Erfüllung des Contracts, auseinanderfallen, und dadurch der Einwirkung des Zufalls in der Zwischenzeit Raum geboten wird. Wer hat hier, wenn die Parteien darüber kein Uebereinkommen getroffen, die Gefahr des Zufalls zu tragen? Das einfachste wäre, wie es scheint, zu sagen: der Verkäufer; das hieße so viel, als der Casus löst den Vertrag auf. Allein es wäre, möchte ich sagen, mehr roh, als einfach. Warum nicht bei dem stehen bleiben, was für die einfache Grundform des Kaufs gilt, daß nämlich der Käufer die Gefahr trägt? Nicht etwa, als ob man die mangelnde Tradition zu dem Zweck fingiren sollte; vielmehr ist davon auszugehen, daß dieselbe fehlt. Aber wer trägt die Schuld daran? Wer den Aufschub verschuldet, hat den Schaden zu tragen. Darum trägt ihn bei der mora der morose Theil, bei generisch bestimmten Sachen, die der Verkäufer erst auszuscheiden hat, der

Verkäufer. Dem würde es entsprechen, daß der Käufer ihn zu III. Jahrg. Bd. III.
tragen hätte, wenn er, ohne gerade in mora accipiendi versetzt zu sein, es unterließe oder versäumte, die Sache sofort, wie er durfte, abholen zu lassen oder gar den Aufschub der Leistung zur Bedingung machte; nicht minder auch, wenn, während der Verkäufer zur sofortigen Leistung im Stande war, er es seinerseits zur Gegenleistung nicht war und dadurch jenen veranlaßte, die Sache einstweilen noch in Händen zu behalten. Der Verkäufer aber würde jenem Gesichtspunkt zufolge, abgesehen von der Mora, die Gefahr dann zu tragen haben, wenn die Verabredung des Aufschubs der Leistung in seinem Interesse erfolgte.

Das römische Recht hat es nun im Ganzen hierbei gelassen, nur in einer Beziehung weicht es ab, indem es nämlich auch in S. 465.
dem letzten der genannten Fälle dem Käufer die Gefahr zuweist. Warum? Hätte es dies nicht gethan, so würde es damit eine höchst fruchtbare Quelle prozessualischer Streitigkeiten geöffnet haben, indem dann in jedem einzelnen Fall erst untersucht werden müßte, welche der Parteien das Hinderniß der sofortigen Erfüllung abgegeben hat. Indem es daher in jenem einen Falle den Parteien überläßt, die Sache anders zu reguliren, stellt es die für die Mehrzahl der Fälle gewiß völlig zutreffende Regel auf, daß an dem Aufschub der sofortigen beiderseitigen Erfüllung der Käufer Schuld gewesen, er mithin dem Casus den Zugang zu dem Contract geöffnet und folglich die nachtheiligen Folgen desselben so lange zu tragen habe, bis mit der Mora des Verkäufers der Vorwurf des fernern Aufschubs sich auf letztern wälzt.

Und ist diese Normirung der Gefahrfrage nicht in der That eine ganz gerechte? Diejenigen, welche dies bezweifeln und in der gesetzlichen Uebertragung auf den Käufer nichts als eine Begünstigung des Verkäufers erblicken, übersehen dabei die wesentliche Veränderung, welche mit dem bloßen Abschluß des Kaufcontracts in der Stellung des Verkäufers hinsichtlich des Zufalls vor sich geht. Der Verkauf bindet ihm letzterem gegenüber, so zu sagen, die Hände, indem er ihn nämlich verpflichtet, die Sache für den

III. Jahrg. Bd. III. Käufer liegen zu lassen, ihn damit also der Möglichkeit beraubt, durch anderweitige Dispositionen über die Sache den Zufall von sich abzuwehren [18]. Die Entziehung der weitern Verkaufsbefugniß ist eine Einbuße, die der Verkäufer durch den bloßen Abschluß des Kaufcontracts erleidet, und für die, da sie lediglich dem Käufer
S. 466. zum Vortheil gereicht, es billig ist, daß letzterer ihn entschädige [19]. Diese Entschädigung gewährt ihm eben die Verpflichtung des Käufers zur Tragung der Gefahr. In und mit ihr stellt sich das Gleichgewicht in der Belastung beider Theile in der Zeit vor Erfüllung des Contracts wieder her; wie dem Anspruch des Käufers auf die Waare der des Verkäufers auf den Preis correspondirt, so jener negativen Verpflichtung des Verkäufers diese eventuelle des Käufers, womit freilich keineswegs gesagt sein soll, daß eine Verletzung jener nothwendig den Wegfall dieser zur Folge habe. Sie kann es, aber sie braucht es nicht; ersteres, wenn die Disposition in einer gänzlichen Entäußerung der Sache besteht, weil dadurch nämlich der Verkäufer das Eintreten eines Zufalls in seiner Person fortan unmöglich macht (s. u.), dieses, wenn die Disposition bloß partieller Art war, z. B. Auflegung von Servituten, Pfandrechten.

Soviel über den Grund unseres Satzes, daß der Käufer die Gefahr trage. Ich betrachte jetzt den Sinn desselben.

Bedarf aber derselbe noch erst einer Untersuchung? Die Antwort scheint ja ganz einfach: der Käufer hat im Fall des casuellen Untergangs der Sache den Kaufpreis zu zahlen. Allein, daß die Frage doch der Untersuchung bedarf, davon soll uns folgender Rechtsfall überzeugen.

---

18) Die römischen Juristen gedenken öfter der Verkaufsmöglichkeit als eines Mittels zur Abwendung des Zufalls, so z. B. l. 47 § 7 de leg. I (30), l. 14 § 11 i. f. quod met. (14. 2), l. 15 § 3 de R. V. (6. 1), l. 20 § 21 i. f., l. 40 pr. de her. pet. (5. 3).

19) So argumentirt in einem ähnlichen Fall Ulpian in l. 5 § 3 u. 4 de cond. c. d. (12. 4) .. et propter hoc non distraxit ... non oportere ei condici.

Der Maler A hat dem Kunsthändler B ein von ihm verfertigtes Gemälde zur Ausstellung in seinem Laden überlassen und für 400 Gulden zum Kauf angeboten. In dem Laden sieht es der C und kauft es für 500 Gulden. Bevor der Vertrag beiderseits erfüllt wird, geht das Gemälde unter. Kann B den Kaufpreis fordern? Wer hierfür nichts weiter verlangt, als Abschluß des Kaufcontracts und Untergang der Sache, wird die Frage bejahen müssen. B, der durch den Untergang der Sache gar nicht betroffen worden ist, würde demnach den Kaufpreis rein lucriren. denn daß er nicht verpflichtet ist, ihn dem A zu restituiren, kann nach den Grundsätzen über das Commodum gar keinem Zweifel unterliegen. III. Jahrg. Bd. III. S. 467.

Ich glaube, Jeder wird das Verletzende einer solchen Entscheidung zugeben. Aber wie ihr ausweichen? Etwa auf dem Wege, daß man sagt: B war in dolo, indem er eine *fremde* Sache verkaufte, denn verkaufen soll man nur eigne? Um diesen Einwand abzuschneiden und den Leser um so eher auf den richtigen Weg zu führen, will ich annehmen, der A hatte dem B das Gemälde nicht bloß *offerirt*, sondern sich durch ein pactum de vendendo oder gar durch eine sog. emtio ad gustum (»si placuerit«) *gebunden*, so daß also der B seiner Sache ganz sicher war, und zum Ueberfluß, wollen wir annehmen, hatte derselbe noch den C von diesem Sachverhalt in Kenntniß gesetzt.

Fragen wir uns, woran unser Rechtsgefühl bei der obigen Entscheidung Anstoß nimmt, so ist es der Umstand, daß *der Verkäufer in diesem Fall ja keinen Schaden erlitten hatte*. Damit aber ist der Punkt angedeutet, an dem wir ansetzen müssen, um den wirklichen Sinn unseres Rechtssatzes zu ermitteln. Um sofort das Ziel der nächstfolgenden Ausführung im Voraus anzugeben, so stelle ich die Behauptung auf: die Forderung des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises nach Untergang der Sache[20]) hat nicht den Charakter einer gewöhnlichen S. 468.

---

20) Der Kürze wegen werde ich diesen schleppenden Zusatz: auf Zahlung

III. Jahrg. Bd. III. Geldforderung, welche nichts soll, als dem Berechtigten Geld verschaffen, sondern den einer Ersatzforderung — sie fällt weg, wenn der Verkäufer durch den Untergang der Sache keinen Schaden erlitten hat, also der casus zwar die Sache, aber nicht ihn getroffen hat, sei es, daß sie nicht ihm unterging, wie in dem so eben angeführten Fall, oder daß der Schaden ihm bereits in anderer Weise ersetzt worden ist. Das periculum trifft den Käufer nur in so weit, als es den Verkäufer getroffen hat, und wir können auf letztern den, freilich in anderem Zusammenhang ausgesprochenen, Satz anwenden: qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est[21]. Ich weiß nicht, ob Anklänge an diese Auffassung sich nicht schon bei Andern finden; daß man sich aber ihrer und ihrer Consequenzen nicht wirklich bewußt geworden, leidet keinen Zweifel. Sowie man sich hier überhaupt nur einmal des Gegensatzes zweier Auffassungen klar wird, kann meinem Dafürhalten nach die Wahl nicht lange zweifelhaft sein.

Ich will die beiden Auffassungen, von denen man die eine die absolute, die andere die relative nennen könnte, jetzt einer praktischen Probe unterwerfen, indem ich nämlich die Fälle, in denen sie zu abweichenden Resultaten führen, zusammenstelle und zwar nach den beiden bereits angegebenen Gesichtspunkten: 1) die Sache ist nicht dem Verkäufer untergegangen, 2) er hat den Schaden bereits ersetzt erhalten. In allen diesen Fällen lautet die Entscheidung nach der absoluten Theorie geradezu entgegengesetzt, was ich nicht nöthig haben werde, bei jedem einzelnen Fall besonders hervorzuheben, so wenig wie ich es für erforderlich erachte, ein Wort darüber zu verlieren, wie die Entscheidung in

---

des Kaufpreises nach Untergang der Sache, fortan weglassen und kurzweg von Forderung und Verpflichtung sprechen, indem ich damit die auf den Kaufpreis im Fall des Casus meine. Ebenso ist im Folgenden unter Kaufpreis schlechthin der im Fall des Casus zu zahlende gemeint.

21) l. 12 pr. de furt. (47. 2).

allen diesen Fällen mit jedem gesunden Rechtsgefühl in Wider- III. Jahrg. Bd. III.
spruch treten würde. S. 469.

A. Die Sache ist nicht dem Verkäufer untergegangen.

Es ist nur ein anderer Ausdruck dafür, wenn wir sagen: sie war nicht in seinem Vermögen[22]), und wir können unter Benutzung dieses Ausdrucks eine Vermögenseinbuße als Bedingung der Forderung bezeichnen. Eine solche findet nicht Statt in folgenden Fällen:

1) Die verkaufte Sache gehörte noch einem Dritten, von dem der Verkäufer seinerseits sie erst zu erwerben gedachte (der oben S. 306 bereits erwähnte Fall). Ich muß hier jedoch noch eine Beschränkung hinzufügen. Die verkaufte Sache kann immerhin zur Zeit ihres Verkaufs und Untergangs dem Verkäufer noch nicht gehören, nichtsdestoweniger aber ihn die Gefahr derselben treffen. Dies ist dann der Fall, wenn sie ihm geschuldet ward, sei es aus einem Kauf oder aus einem andern Grunde. Dem aufgestellten Prinzip zufolge würde ihm hier die Klage nicht zu versagen sein.

2) Sie gehörte dem Verkäufer zwar zur Zeit des Verkaufs, aber nicht mehr zur Zeit des Untergangs. Wer mit meiner Entscheidung des ersten Falls einverstanden gewesen ist, muß es auch hier sein. Ob die Sache im Moment des Zufalls noch nicht oder nicht mehr zum Vermögen des Verkäufers gehört, ist völlig gleichgültig; untergegangen ist nicht eine Sache des Verkäufers, sondern eine fremde, nicht er, sondern der Eigenthümer hat den Schaden erlitten.

Auf welche Weise die Sache aus seinem Vermögen heraus- S. 470.

---

22) Ueber den Umfang dieses Begriffes l. 52 de A. R. D. (40. 1): rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus. l. 49 de V. S. (50. 16): .. in bonis nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur vel superficiaria sint.

III. Jahrg. Bd. III. gegangen, ob gegen ein Aequivalent, wie im Fall des doppelten Verkaufs, oder ohne ein solches, wie im Fall der Schenkung, ob mit seinem Willen oder ohne seinen Willen, wie im Fall der Confiscation oder der Usucapion, kann keinen Unterschied machen — genug die Sache ist eine fremde, an deren Erhaltung ihm juristisch nichts mehr liegen kann.

Hiermit entscheidet sich denn in ganz einfacher Weise der eine von den Fällen des doppelten Verkaufs (S. 302), nämlich der, wenn der Verkäufer einem der beiden Käufer (ob dem ersten oder zweiten, ist einerlei) die Sache tradirt hat. Möge dies bona oder mala fide geschehen sein, der Verkäufer hat gegen den andern keine Klage mehr, weil mit der Tradition die Sache und damit das periculum derselben von ihm auf den Empfänger überging.

3) Der Verkäufer hat zwar die Sache in Besitz oder Detention, allein ohne Anspruch auf rechtlichen Schutz im Fall einer Disposition über dieselbe. Dahin gehört zunächst der Dieb. Gewährt das römische Recht ihm nicht einmal die actio furti[23]), wenn ihm die Sache entwandt ist, so werden wir ihm um so weniger den Anspruch auf den Kaufpreis zugestehen dürfen. Daß er dem Bestohlenen gegenüber das periculum der Sache zu tragen, also ein Interesse an der Erhaltung der Sache hat, kann daran nichts ändern, denn dies Interesse verdient keinen Schutz[24]). Dasselbe muß auch von dem möglicherweise in bona fide befindlichen Erben des Diebes gelten.

Den wissentlichen Kauf einer fremden Sache betrachtet das römische Recht als Diebstahl, es muß mithin von dem malae

S. 471. fidei possessor ganz dasselbe gelten, wie vom Diebe[25]). Der wissentliche Verkauf einer fremden Sache enthält ebenfalls einen

---

23) l. 14 § 4 de furt. (47. 2).

24) l. 10. 11 ibid.: . . cujus interest . . si honesta causa interest.

25) l. 12 Cod. de furt. (6. 2).

Diebstahl[26]) und macht die Sache zu einer res furtiva, allein III. Jahrg. Bd. III.
obschon dadurch auch für den gutgläubigen Käufer die Usucapion und die act. Publiciana ausgeschlossen ist, so ist ihm doch ein rechtliches Interesse an der Sache nicht abzusprechen. Hat er doch gleich jedem andern bonae fidei possessor das Recht des Fruchtbezuges[27]).

Die Veräußerung anvertrauter Sachen enthält eine Unterschlagung, der bloße Verkauf noch nicht[28]). Geht daher die vom Depositar, Commodatar u. s. w. verkaufte Sache noch vor der Tradition unter, so greift zwar nicht der so eben aufgestellte Gesichtspunkt Platz, dagegen allerdings sowohl der, daß der Verkäufer unter diesem Ereigniß gar nicht leidet, als der, daß seine Disposition auf rechtlichen Schutz keinen Anspruch hat, indem die wirkliche Ausführung des abgeschlossenen Verkaufs das Delict der Unterschlagung consumirt haben würde.

In allen bisher angegebenen Fällen ist es natürlich Sache des Käufers, das Hinderniß, welches die Forderung des Verkäufers ausschließt, nachzuweisen. Ziehen wir die Fälle, in denen dasselbe besteht, ab, so bleiben als diejenigen, in denen die Forderung begründet ist, die drei übrig: wenn der Verkäufer die verkaufte Sache

1) im Eigenthum, oder
2) in der bonae fidei possessio, oder
3) sie zu fordern hatte, insofern hier nicht etwa den Schuldner, sondern ihn selbst das periculum traf.

B. Dem Verkäufer ist bereits anderweitig Schadensersatz geleistet.

In den drei genannten Fällen kann die an sich begründete S. 472.
Forderung dadurch wieder wegfällig werden, daß der Zweck der-

26) § 3 J. de usuc. (2. 6), l. 1, 7 Cod. de usuc. (7. 26).
27) l. 48 § 6 de furt. (47. 2).
28) l. 3 § 18 de poss. (41. 2): . . nec animo furtum admittitur.

III. Jahrg. Bd. III. selben: Schadloshaltung des Verkäufers, in anderer Weise erreicht wird. Ein Schaden kann nicht doppelt *ersetzt*, so wenig wie ein Loch doppelt ausgefüllt werden; mit dem einmaligen Ersatz hört er zu existiren auf. Ist daher unsere Auffassung jener Forderung begründet, so versteht sich diese Consequenz von selbst. Es kommt hier derselbe Gesichtspunkt zur Geltung, auf Grund dessen in den Fällen der sog. Klagenconcurrenz und bei den solidarischen Obligationen im engern Sinn die Befriedigung auf Grund des *einen* Anspruches die Verfolgung des *andern* ausschließt: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur[29]. Daß derselbe wirklich für unsere Frage herangezogen werden kann, will ich bei Gelegenheit der beiden einzelnen Fälle nachweisen, in denen ich dieses Wegfallen der Forderung annehme.

1) Die verkaufte Sache war *assecurirt*.

Der Versicherungsvertrag ist nicht als eine gewöhnliche bedingte Geldforderung aufzufassen, bei der es auf nichts weiter ankäme, als auf den Eintritt der Bedingung, sondern sein juristischer Charakter beruht wesentlich auf dem *Zweck*, den er verfolgt, dem der Leistung des *Schadensersatzes*. Daraus folgt z. B., daß bei mehrfacher voller Versicherung die Versicherungssumme nur *einmal* entrichtet zu werden braucht; die sämmtlichen mehre-
S. 473. ren Forderungen, obschon formell völlig unabhängig von einander, gehen, auch wenn sie auf verschiedene Summen lauten, juristisch auf ein »*idem*«, denn die Summe ist nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck.

Nicht anders ist das Verhältniß bei einem Zusammentreffen des Anspruchs auf die Versicherungssumme und des Kaufpreises. Man könnte letztern geradezu eine durch das *Gesetz* dem Verkäufer zugebilligte *Versicherungssumme* nennen; er soll den

---

29) l. 57 de R. J. (50. 17) oder, wie es in l. 51 § 1 de re jud. (42. 1) ausgedrückt wird: improbum esse, qui velit iterum consequi quod accepit.

Verkäufer nicht bereichern, sondern schadlos halten. Verfolgen III. Jahrg. Bd. III.
daher beide denselben Zweck, sind sie also (trotz der Verschiedenheit der Summen) auf ein idem gerichtet, so ergibt sich daraus mit Nothwendigkeit, daß der Verkäufer nach Erhebung der Assecuranzgelder nicht auch noch den Kaufpreis beitreiben sowie, daß der Käufer, wenn er in Unkenntniß jenes Umstandes den Kaufpreis bezahlt hat, denselben als ein indebitum condiciren darf.

Wie aber, wenn der Verkäufer vorher die act. venditi anstellt? Hier hat er seine Assecuranzansprüche zu cediren, wie dies in manchen Partikulargesetzen ausdrücklich vorgeschrieben ist. Gemeinrechtlich läßt sich diese Verpflichtung in keiner andern Weise deduciren, als mittelst meiner Theorie, denn der einzige sonst noch denkbare Grund, auf den man versucht sein könnte sie zu stützen: die Lehre vom Commodum, ist dazu deshalb nicht geeignet, weil die Forderung aus dem Versicherungsvertrag nach Grundsätzen des römischen Rechts unter den Begriff eines dem Verkäufer verbleibenden »lucrum propter negotiationem perceptum« fallen würde[30].

Daraus ergibt sich zugleich die Beantwortung der Frage, S. 474.
ob der Käufer einen selbständigen, d. h. durch die act. emti zu verfolgenden Anspruch auf die Cession, beziehungsweise die Restitution der erhobenen Assecuranzgelder hat, was für den Fall, daß letztere mehr betragen, als der Kaufpreis, seinem Interesse sehr entsprechen würde. Dem aufgestellten Prinzip zufolge muß die Frage verneint werden. Auf das prästable Commodum hat der Käufer stets eine Klage, einerlei, wie hoch es sich beläuft. Dagegen auf die Versicherungssumme erhält er bloß dadurch und insofern ein Recht, als er den Kaufpreis zahlen muß; es ist also

30) S. darüber die oben citirten Abhandlungen von mir S. 58 fl. Einverstanden im Resultat Mommsen, Erört. I. S. 118 fl., ohne aber seiner Ansicht eine wirkliche Begründung zu geben, denn in der „Verbindung des Versicherungsanspruches mit dem Eigenthum" oder darin, daß der Versicherer sonst von der Verpflichtung zur Zahlung der Versicherungssumme ganz befreit sein würde, vermag ich eine solche nicht zu erkennen.

III. Jahrg. Bd. III. ein ähnlicher Anspruch, wie der des Besitzers bei der Vindication auf Ersatz der Impensen, d. h. er kann retinendo, excipiendo, nicht agendo geltend gemacht werden.

Könnte nicht aber umgekehrt der Versicherer gegenüber dem Versicherten denselben Anspruch auf Cession des Kaufpreises erheben? Die Frage ist zu verneinen. Die Haftung des Versicherers ist eine absolute, die des Käufers nur eine eventuelle.

2) Die verkaufte Sache war mehrmals verkauft.

Hier hat der Verkäufer, insofern er noch keinem der mehreren Käufer tradirt hat (A. 2), gegen jeden die Klage auf Zahlung des Kaufpreises, einerlei, ob er den zweiten und folgenden Verkauf bona oder mala fide abgeschlossen hat, allein mit der einmaligen Erhebung desselben fällt der Anspruch gegen die übrigen hinweg. Der Verkäufer hat demnach die Wahl, wen er belangen will. Da jedoch nicht die Wahl, sondern die Zahlung die übrigen exonerirt, so folgt daraus, daß die erfolglose Anstellung der Klage nicht diese Wirkung hat. Bei theilweisem Erfolg der Klage würde er sich das Erhaltene anrechnen lassen müssen, dagegen bei
S. 475. vollem Erfolg nicht noch das etwaige Plus des einen Kaufpreises über den andern nachfordern dürfen. Die zweite und folgende Zahlung kann mit der condictio indebiti zurückgefordert werden.

Das ist kurz die rechtliche Gestaltung unseres Verhältnisses, wie sie sich aus meiner Theorie ergibt, und wie ich sie jetzt zu begründen versuchen werde.

Die Annahme, von der ich ausgehe und über deren Richtigkeit ich das Urtheil zunächst noch zu suspendiren bitte, ist unser obiger Satz über den Zweck des Kaufpreises. Besteht derselbe darin, den Verkäufer schadlos zu halten, nicht zu bereichern, so folgt daraus, daß die mehren Forderungen, ähnlich wie die aus mehren Versicherungsverträgen, auf denselben juristischen Zweck (ein »idem«) gehen, mithin durch Erreichung desselben auf Grund der einen ihr Object verlieren: solutio ad utramque obligatio-

nem proficit [31]). Aber auch nur mit der Erreichung: solutione, wie es in der citirten Stelle weiter heißt, liberationem contingere, non litis contestatione. Darum nicht, wenn der Kläger abgewiesen wird, z. B. wegen Klagverjährung, oder wenn der verurtheilte Beklagte insolvent ist. Wohl aber, wenn der erhobene Kaufpreis geringer ist, als der rückständige. Man könnte hier daran denken, nach Analogie der Klagenconcurrenz [32]) eine Klage auf den Ueberschuß zu gewähren. Das hieße aber meiner Ansicht nach den hier obwaltenden eigenthümlichen Gesichtspunkt völlig verkennen. Denn jeder der mehren Kaufpreise erfüllt den Zweck der Schadloshaltung ganz, die Summe, auf die er lautet, kommt dabei gar nicht weiter in Betracht. Hat also der Verkäufer, der es in seiner Hand hatte, den höhern Kaufpreis zu wählen, den niedern gewählt, so hat er zwar weniger erhalten, als jener ihm gewährt haben würde, aber der Zweck, dessentwegen ihm überhaupt der Anspruch auf den Kaufpreis gewährt ist, ist damit vollständig erreicht. Dagegen ist dies nicht der Fall bei theilweiser Zahlung. Hier verbleibt ihm mithin die Klage gegen den andern Käufer, allein man muß letzterem das Recht einräumen, seinen Kaufpreis um den Betrag der Theilzahlung zu kürzen, weil der Verkäufer sich sonst um so viel bereichern würde. Ich habe mir die Frage aufgeworfen, ob der Beklagte nicht statt dessen vermöge des Satzes: alius pro alio solvere potest vel invito debitore, sich zur Ergänzung des fremden Kaufpreises erbieten dürfe, was in dem Fall von Wichtigkeit für ihn sein würde, wenn letzterer niedriger ist, als der von ihm selbst versprochene. Anfänglich zweifelhaft, bin ich doch jetzt entschieden für die Verneinung dieser Frage. Ueberall nämlich, wo es sich um ein Wahlrecht des Gläubigers handelt — und einen solchen Fall haben wir auch hier — bringt die Consequenz desselben es mit sich, daß

III. Jahrg. Bd. III.
S. 476.

---

31) l. 18 § 3 de pec. const. (13. 5).

32) l. 41 § 1 de O. et A. (44. 7): . . ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat.

III. Jahrg. Bd. III. der gewählte Schuldner seine eigne Leistung beschaffen muß, sich derselben also nicht dadurch entziehen kann, daß er (sei es mit oder ohne Zustimmung des andern Schuldners) sich zu der dem letztern obliegenden bereit erklärt.

In so weit nun dem Bisherigen nach der Käufer mehr geleistet hat, als er brauchte, hat er nach allgemeinen Grundsätzen die condictio indebiti, was keiner weitern Ausführung bedarf. Der zuerst zahlende hat ebensowenig diese Klage, wie er gegen die act. venditi eine Einrede hatte — seine Zahlung bestand zu Recht und eben darum die des zweiten nicht.

Unterwerfen wir diese Ansicht jetzt einer Prüfung, so hat sie, wie ich glaube, dieselbe nicht zu scheuen. Abgesehen nämlich zu-
S. 477. nächst von der Möglichkeit ihrer quellenmäßigen Begründung wird darüber schwerlich eine Meinungsverschiedenheit laut werden, daß sie allein zu einem praktisch erträglichen, den Anforderungen des natürlichen Rechtsgefühls genügenden Resultat führt und das römische Recht vor dem doppelten Vorwurf der Unbilligkeit und Inconsequenz schützt. Nach der absoluten Auffassung des Kaufpreises, welche mit Nothwendigkeit zu dem entgegengesetzten Resultat führt, würde man überall, wo die zum Verkauf bestimmte Sache einer drohenden Gefahr ausgesetzt wäre (z. B. ein Seeschiff auf gefährlicher Fahrt), nichts Besseres thun können, als dieselbe möglichst Vielen zu verkaufen. Gewinn und Verlust ständen hier außer allem Verhältniß, denn im Fall des Untergangs lucrirte der Verkäufer sämmtliche Kaufpreise, im Fall der Erhaltung der Sache zahlte er jedem Käufer bloß den etwaigen Ueberschuß des Werthes der Sache über den Kaufpreis. In welchen Widerspruch aber geriethe dadurch das Recht mit sich selbst! Es würde auf eine Handlungsweise, die es criminell bestraft (S. 297), civilrechtlich gewissermaßen eine Prämie setzen. Dabei würde aber Alles darauf ankommen, wie die Sache unterginge. Wenn durch Handlungen dritter Personen, so würde der Verkäufer nur von einem Käufer den Kaufpreis fordern können, weil er die ihm in diesem

Fall obliegende Verpflichtung [33] der Cession der Klagen gegen den Schuldigen nur einmal erfüllen, folglich auch nur gegen den klagen könnte, dem gegenüber er sie erfüllt hätte [34]. Im Fall des Untergangs durch Naturzufälle hingegen würde diese Verpflichtung und damit das Hinderniß der mehrmaligen Erhebung der Klage hinwegfallen. III. Jahrg. Bd. III.

Ich will darüber nicht streiten, ob nicht im Fall des wissentlichen doppelten Verkaufs legislativ eine andere Behandlungsweise den Vorzug verdiente, die nämlich, daß der Verkäufer seiner Ansprüche gegen alle Käufer verlustig ginge. Auf dem Wege der bloßen Deduction läßt sich diese pönale und folglich positive Bestimmung nicht gewinnen. S. 478.

Vielleicht könnte man in legislativer Beziehung auch das von uns dem Verkäufer zugesprochene Wahlrecht beanstanden und ihn ausschließlich an einen Käufer weisen. Und allerdings läßt sich nicht verkennen, daß dies Wahlrecht etwas Mißliches hat. In der Hand eines unredlichen Verkäufers kann es nämlich leicht zu einem Erpressungsmittel werden. Allein dagegen ist einerseits zu bemerken, daß dieser Uebelstand überall eintritt, wo der Gläubiger das Wahlrecht hat, derselbe aber in der That nur ein scheinbarer ist, wenn sonst meine Ansicht Grund hat, daß die erpreßte Abkaufssumme mit der condictio ob turpem causam zurückgefordert werden kann. Andererseits aber: welchen der Käufer soll das Gesetz wählen? Den ersten, zweiten, dritten? Es läßt sich kein Moment auffinden, das hier den Ausschlag gäbe. Soll etwa der erste Käufer frei werden, weil der Verkäufer durch den zweiten Verkauf ihn hintergangen? Allein ist der zweite minder hintergangen? Und wie, wenn der zweite Verkauf bona fide, oder wenn beide gleichzeitig abgeschlossen wurden [35]? Kurz, das

33) § 3 J. de emt. (3. 23), l. 14 pr. de furt. (47. 2) u. a. Meine Abhandlungen S. 30 fl.

34) arg. l. 35 § 4 de cont. emt. (18. 1) verb.: quia si etc.

35) Das ist wenigstens denkbar; nämlich dann, wenn der Prinzipal und

III. Jahrg. Bd. III. Wahlrecht des Verkäufers bleibt immer noch das Rationellste und Einfachste.

Ich komme jetzt zu dem eigentlich entscheidenden Punkt, näm-
S. 479. lich der quellenmäßigen Begründung meiner Entscheidung. Dieselbe läßt sich jedoch nicht isolirt für die gegenwärtige Frage über den doppelten Verkauf geben, sondern nur für die oben (S. 308) aufgestellte relative Bedeutung des Kaufpreises überhaupt. Nur rücksichtlich eines Arguments möchte ich eine Ausnahme machen, da es demjenigen, der sich von der Richtigkeit meiner allgemeinen Theorie nicht überzeugen sollte, wenigstens zur Entscheidung der vorliegenden Frage einen wichtigen Anhaltspunkt gewährt; es ist das Argument, welches die Analogie des doppelten Miethcontracts uns gewährt.

Bekanntlich hat der Miether, welcher sich der gemietheten Sache nicht hat bedienen können, das Recht, dem Vermiether so viel am Miethzins zu kürzen, als letzterer durch anderweite Vermiethung der Sache erhalten hat [36]. Auf das Schlagende dieser Analogie brauche ich nicht erst aufmerksam zu machen. Die beiden Miethcontracte sind sich juristisch ebenso fremd, als zwei Kaufcontracte, formell gehen sie beiderseits nicht auf ein idem, sondern auf besondere Summen. Wenn nun das römische Recht dem Miether gleichwohl dies Recht einräumt, so ist nicht abzusehen, warum der Käufer in dieser Beziehung schlechter gestellt sein sollte. Beide Contracte sind bonae fidei und gegenseitige, und der Grund jener Bestimmung läßt sich nicht in einer spezifischen Eigenthümlichkeit des Miethcontracts, sondern nur in dem ihm mit dem Kaufcontract gemeinsamen Charakterzug der bona fides erblicken: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, l. 57 de R. J. (50. 17). Ist der doppelte Miethzins ein idem, so wird vom doppelten Kaufpreis dasselbe anzunehmen sein.

Stellvertreter unabhängig von einander in demselben Moment verkaufen oder, was prozessualisch dem völlig gleich steht, wenn sich der Zeitpunkt des Abschlusses für keinen der mehreren Contracte nachweisen läßt.

36) l. 19 § 9 Loc. (19. 2).

Hiermit wenden wir uns von dem Verhältniß des doppelten III. Jahrg. Bd. III.
Verkaufs — dessen Theorie wir dem Bisherigen nach in den Satz
fassen können: Der Verkäufer kann den Preis nur einmal for- S. 480.
dern und zwar, wenn er einem der Käufer tradirt hat, von diesem,
sonst von wem er Lust hat — zu unserer oben aufgestellten allgemeinen Theorie des Kaufpreises zurück, um ihr die ihr bisher noch fehlende Begründung zu geben. Wer unter Begründung ausdrückliche Quellenäußerungen versteht, wer nur Stellen, nicht aber die Deduction aus der innern Consequenz eines Rechtsinstituts als Beweismittel anerkennt, den zu gewinnen werden wir freilich von vornherein verzichten müssen. Denn Stellen gibt es hier nicht; sonst wäre die hier aufgestellte Theorie wohl schon längst vorgetragen worden. Für den aber, der mit mir darin einverstanden ist, daß unsere Quellen bei gar vielen Rechtssätzen es unterlassen haben, ihren eigentlichen Grund und Zweck näher anzugeben, und daß es unsere Aufgabe ist, ihn aufzusuchen und darnach den wirklichen Sinn des Rechtssatzes gegenüber einer vielleicht zu weiten oder engen Fassung festzustellen — für denjenigen hoffe ich den mir obliegenden Beweis allerdings erbringen zu können.

Ueberzeugen wir uns zunächst davon, daß uns die Quellen wenigstens nicht entgegenstehen.

Die gewöhnlichen Wendungen, in denen die römischen Juristen der Haftung des Käufers gedenken, lauten bekanntlich: res periculo emtoris est, periculum ad emtorem pertinet, respicit, emtor periculo se subjecit, emtori res perit[37]) u. s. w. Ich will dahin gestellt sein lassen, ob man nicht gerade diese Ausdrucksweise für meine Theorie benutzen dürfte — nämlich so:
wenn der Verkäufer selbst nicht das periculum der Sache trägt, S. 481.

37) Die Stellen anzugeben kann ich mir durch Verweisung auf Fr. Mommsen, Beiträge I. S. 330 fl. ersparen. Die Wendung: rem periculo emtoris distractam esse in l. 4 Cod. de peric. (4. 48) nähert sich von allen am meisten der Vorstellungsweise, die meiner Theorie zu Grunde liegt.

III. Jahrg. Bd. III. kann auch der Käufer es ihm nicht abnehmen — jedenfalls aber steht sie ihr nicht entgegen; dieselben Ausdrücke wiederholen sich bekanntlich für Fälle der vertragsmäßigen Gefahrübernahme, der Versicherung [38]).

Dagegen kommt allerdings in zwei Stellen eine Wendung vor, die auf den ersten Blick mit meiner Theorie unverträglich ist [39]); es wird sich unten eine passendere Gelegenheit finden, nachzuweisen, daß dies nicht der Fall ist.

Es verbleiben somit nur die Stellen, in denen es heißt: der Verkäufer könne nach Untergang der Sache den Kaufpreis fordern [40]), und diese Fassung unseres Satzes, welche auch die heutzutage gangbare geworden ist, hat wohl vor Allem dazu beigetragen, das wahre Sachverhältniß so lange zu verdecken. Versteht man sie, wie sie lautet, so haben wir damit die absolute Theorie des Kaufpreises mit allen ihren aus der obigen Uebersicht der Fälle zu entnehmenden unerträglichen Consequenzen; um ihr zu entgehen, gibt es keinen andern Weg, als den von mir eingeschlagenen, nämlich die Beschränkung hineinzutragen: wenn der Verkäufer durch den Untergang der Sache Schaden erlitten hat. Es handelt sich folglich um einen Fall der sog. restrictiven Interpretation, also um den Nachweis zwingender Gründe zur Vornahme derselben. Als solche gelten bekanntlich nicht bloß die Rücksicht auf das Verhältniß des Satzes zu sonstigen Rechtsprinzipien, die Be-
S. 482. seitigung von Widersprüchen, Verstößen gegen die Rechtsconsequenz u. s. w., sondern auch die auf das praktische Resultat, zu dem er führt. Wir wollen nach diesen beiden Gesichtspunkten die

38) z. B. l. 1 § 1 de aest. (19. 3), l. 5 § 3 Commod. (13. 6) u. a.

39) l. 5 § 2 de resc. vend. (18. 5) von Julian: Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset. l. 15 de J. D. (23. 3) von Pomponius: quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert, ac si tradidisset, quia quod evenit emtoris periculo est.

40) § 3 J. de emt. (3. 23), l. 34 § 6 de cont. emt. (18. 1), l. 6 Cod. de peric. (4. 48).

zwei Auffassungen unseres Satzes sich gegenüber stellen; die III. Jahrg. Bd. III.
Gründe, die sich gegen die eine ergeben, sind eben damit Gründe für die andere.

Meine Auffassung involvirt für die Verfasser der drei angeführten Stellen den Vorwurf der Ungenauigkeit im Ausdruck. Was verleitete sie dazu? Die Antwort liegt auf der Hand: sie dachten an den gewöhnlichen Fall, den des Verkaufs einer (in dem S. 311 angegebenen Sinn) dem Verkäufer gehörigen Sache. Für diesen Fall trifft die Fassung des Satzes vollkommen zu. Die Fälle, für die sie nicht paßt, sind in der That Ausnahmsfälle, und wer die Verbindung, in der unser Satz in jenen Stellen vorgetragen wird, in Anschlag bringt, wird um so weniger sich daran stoßen, daß sie keine Berücksichtigung erfuhren.

Nehmen wir aber an, jene Fassung sei eine völlig exakte, und prüfen wir, wohin wir mit dieser Annahme gelangen. Die Antwort kann nur lauten: zu einem Rechtssatz, dessen Grund nicht abzusehen, dessen Resultate im äußersten Grade anstößig, dessen Inhalt mit dem Wesen der bona fidei und dem Charakter des Kaufcontracts in offenbarsten Widerspruch tritt — zu einem aller Rechtfertigung ermangelnden Satz des jus strictum.

Ueber die Resultate, zu denen er führt, brauche ich nach meinen frühern Ausführungen kein Wort weiter zu verlieren, sie sprechen zum Theil allen Begriffen von Recht und Gerechtigkeit geradezu Hohn, während umgekehrt die einfache Wendung, die ich dem Satz gebe, sie mit ihnen in besten Einklang bringt. Ich habe ein zu großes Vertrauen zu dem gesunden Sinn der römischen Juristen, als daß ich es für möglich halten könnte, daß sie sich zu S. 483.
solchen Consequenzen verstanden haben sollten.

Und wozu auch? Warum soll der Käufer dem Verkäufer den Preis zahlen, wenn letzterer durch den Untergang der Sache gar nichts eingebüßt hat? Auf diese Frage gibt es nur eine Antwort, über deren Werth ich mich schon oben (S. 303) ausgesprochen habe: die actio venditi dauere schlechthin fort, auch nachdem die act. emti untergegangen. Weisen wir diese dem jus strictum

III. Jahrg. Bd. III. entlehnte Annahme zurück, so bleibt in der That gar nichts übrig, als die völlige Grund- und Haltungslosigkeit jenes Satzes einzuräumen. Denn der Grund, aus dem wir oben (S. 304) die Haftung des Käufers für die Gefahr zu erklären versucht haben, paßt nicht für ihn, fordert gerade im Gegentheil die Beschränkung jener Haftung in der von uns postulirten Weise.

Ein Verkäufer, der von seiner Seite nichts einsetzt, ja wohl gar betrügerischer Weise verfuhr, der, wenn der Casus nicht eingetreten wäre, gar nicht hätte leisten können, wird durch ein Ereigniß, das ihn gar nicht berührt, auf Kosten des Gegners bereichert! Bedarf es eines Mehren, um unsere Behauptung, daß der Satz der bona fides und dem von den römischen Juristen sonst so sorgsam gehüteten Gegenseitigkeitsverhältniß in der Stellung beider Parteien, d. h. also dem Wesen des Kaufcontracts widerspreche, zu beweisen? Das Gleichgewicht in dem Einsatz beider Parteien rücksichtlich der Gefahrfrage wird damit völlig preisgegeben; der Haftung von Seiten des Käufers correspondirt von Seiten des Verkäufers n i c h t s!

Doch genug zur Ausführung von Dingen, die sich Jeder, der es will, selber sagen kann. Nur ein mehr spezielles Argument möge noch hinzugefügt werden.

S. 484. Mit der Mora geht bekanntlich die Gefahr vom Käufer auf den Verkäufer über. Diesem Satz geben nun manche Stellen [41]), ähnlich wie dem unseren, eine o b j e c t i v e, a b s o l u t e Fassung, d. h. sie stellen ihn auf den Untergang der S a c h e, so daß also der Verkäufer, einerlei, wie auch die Sache untergegangen ist, schlechthin haften würde, während Andere die Haftung des morosen Schuldners dahin beschränken, daß sie hinwegfällt, wenn die Sache auch bei rechtzeitiger Lieferung untergegangen sein würde [42]). Diese Beschränkung aber ist ganz derselben Art, wie die meinige,

---

41) l. 39 § 1, l. 108 § 11 de leg. I (30), l. 82 § 1 de V. O. (45. 1) u. a.

42) l. 14 § 1 Dep. (16. 3), l. 56 pr. de J. D. (23. 3), l. 10 § 1 ad leg. Rhod. (14. 2) verb.: si modo ea navigatione utraque navis periit.

sie substituirt nämlich dem Untergang der Sache die Ge- III. Jahrg. Bd. III.
fahr des Käufers. Zeigt uns nun dies Beispiel einerseits,
daß die römischen Juristen dieselbe Ungenauigkeit, deren ich sie für
unsere Frage bezichtige, auch anderwärts begangen haben, so ge-
währt es außerdem zugleich eine schlagende indirecte Bestätigung
meiner Theorie. Wäre nämlich die Haftung des Käufers in Be-
zug auf den Zufall eine ganz absolute, so müßte, da diese Haftung
mit der Mora des Verkäufers auf letztern übergeht, auch diese es
sein, während sie es nicht ist. Haftet nun aber nicht einmal der
Verkäufer trotz seiner Mora schlechthin, um wie viel weniger der
Käufer. Die Grenze, die in beiden Fällen der Haftung gesetzt ist,
ist ganz dieselbe, nämlich das Interesse des Gegners; darüber
hinaus, also wo die Haftung in eine reine Bereicherung des
Gegners ausarten würde, erstreckt sie sich nicht.

Wenn mir jetzt, wie ich hoffe, der Beweis des Satzes gelun-
gen sein sollte: daß die Haftung des Käufers für die Ge-
fahr nur die Schadloshaltung des Verkäufers be- S. 485.
zweckt, so verbleibt mir schließlich noch eine untergeordnete, prak-
tisch, so viel ich sehe, völlig einflußlose Frage, welche die juristische
Construction dieses Satzes betrifft. Wie sollen wir uns, wenn
der Käufer nach Untergang der Sache den Kaufpreis zahlt, das
Verhältniß denken? wird hier der Kaufcontract erfüllt? Das
Bedenken, das man dagegen erheben könnte, besteht darin, daß der
auf einen Austausch zweier Leistungen gerichtete Kaufcontract
nicht mehr realisirt werden kann, sobald die eine Leistung unmöglich
geworden ist. Zur Beseitigung dieses Bedenkens böte sich zunächst
das höchst bequeme, aber auch eben so werthlose Mittel der Fic-
tion dar: „es ist so anzusehen, als ob der Verkäufer erfüllt hätte",
und in der That haben die beiden in der Note 39 genannten rö-
mischen Juristen gelegentlich zu diesem Mittel ihre Zuflucht ge-
nommen, und neuere sind darin ihrem Beispiel gefolgt[43]. Dürfte
man hinter diesem Gesichtspunkt etwas mehr suchen, als einen

43) z. B. F. Mommsen, Beiträge I S. 349.

III. Jahrg. Bd. III. etwas andern Ausdruck des Gedankens, daß der Verkäufer von seiner Leistung frei geworden sei, kurz als eine Phrase, wie sie sich unzählige Male in unsern Quellen wiederholt [44]; dürfte man ihm in Wirklichkeit praktische Realität beilegen, so würde er mit unserer ganzen Theorie in Widerspruch treten. Denn ist es in Wirklichkeit so anzusehen, als ob der Verkäufer erfüllt hätte, so hat auch der, welcher eine ihm noch gar nicht gehörige Sache, so hat auch der, welcher sie zweimal verkauft hat, tradirt [45]. Allein
S. 486. in der That hat diese Fiction auf praktische Geltung gar keinen Anspruch, wie sich schon daraus ergibt, daß mittelst ihrer der Verkäufer sich der Erfüllung der nach Untergang der Sache ihm noch obliegenden Leistungen, wie der Herausgabe der noch von ihr vorhandenen Ueberreste und der Cession der Klagen (Note 33) entziehen könnte.

Weisen wir aber die Fiction zurück, so bliebe, wie es scheint, nichts übrig, als zu sagen: der Vertrag, obschon ein zweiseitiger, wird im Fall des Casus nur von einer Seite erfüllt, und es würde ja auch an Parallelen dafür nicht fehlen, wie ja z. B. im Fall der von dem einen Theil geübten Selbsthülfe nach richtiger Ansicht zwar seine Forderung, nicht aber die des andern erlischt.

Allein es gibt noch einen andern Ausweg; man kann der Sache nämlich folgende Wendung geben. Durch den Casus wird die Erfüllung des Contracts von beiden Seiten unmöglich. Gegen diese von Seiten des Casus dem Verkäufer drohende Gefahr wird derselbe nun durch das Gesetz mittelst seines Anspruches

---

44) Ich erinnere nur an die Zurückführung der meisten Tilgungsgründe der Obligation auf fingirte Zahlung und, um auch aus der Lehre vom Casus ein Beispiel hinzuzufügen, an l. 82 § 1 de V. O. (45. 1): Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus proinde ac si homo viveret, worin doch schwerlich Jemand ein juristisches Prinzip wird entdecken wollen.

45) Wer spitzfindige Argumentationen liebt, könnte, um der Haftung beider Käufer im letztern Fall auszuweichen, die Fiction in folgender Weise benutzen: der Verkäufer kann nur einem Käufer erfüllen, folglich kann er sich auch der Fiction der Erfüllung nur einem gegenüber bedienen.

auf den Kaufpreis gesichert. Letzterer hätte hier also die Function, III. Jahrg. Bd. III.
dem Verkäufer sein durch den Fall der Vereitlung des Geschäfts begründetes Interesse zu ersetzen, oder einfacher: der Käufer versichert den Verkäufer, der Kaufpreis ist eine Versicherungssumme. Damit würden wir diejenige Form unseres Satzes gewonnen haben, die dem wirklichen Inhalt desselben am meisten entspricht.

Die juristische Construction unseres Satzes würde hier auf zwei Stützen ruhen:

1) In dem Kaufcontract steckt neben dem auf Austausch gerichteten Hauptvertrag ein eventueller, im Fall des Casus wirk- S. 487.
sam werdender Nebenvertrag, oder richtiger neben der Hauptobligation eine Nebenobligation.

Wem diese Construction zu künstlich erscheint, den erinnere ich an die addictio in diem und die arrha poenitentialis — zwei Fälle, in denen ebenfalls, jenachdem der Vertrag erfüllt oder aufgehoben wird, das dem Verkäufer bereits gezahlte Geld die Bedeutung des Kaufpreises oder die einer Schadloshaltung für das Nichtzustandekommen des Geschäfts annimmt.

2) Der Kaufpreis enthält zugleich die aestimatio der Sache.

Wie wenig ihm diese Function widerstrebt, möge daran erkannt werden, daß umgekehrt in Fällen, wo es sich nicht um den Verkauf, sondern um die Uebernahme der Gefahr einer anvertrauten Sache oder der Leistung ihrer aestimatio handelt, wo es möglich ist, der Vertrag in die Form des Kaufs gekleidet wird[46]. Ist aber einmal die Idee, daß der Käufer, der nach Annahme des

---

46) So namentlich bekanntlich bei der Dos und zwar nicht bloß da, wo der Mann schlechthin die Ansatzsumme zurückgeben, sondern auch da, wo er nur die Gefahr der Dotalgegenstände tragen soll, l. 10 § 6 de J. D. (23. 3). Die innere Verwandtschaft des Kaufpreises mit der aestimatio tritt am schlagendsten in folgenden zwei Stellen hervor: l. 1 pr. de aest. (19. 3): .. utrum ex venditio sit actio propter aestimationem, l. 3 Loc. (19. 2): .. aestimatum instrumentum ... id agi, ut emtum habeat.

III. Jahrg. Bd. III. Gesetzes am Aufschub der Erfüllung des Geschäfts schuld ist, den Verkäufer gegen Untergang der Sache sicher stellen, ihn schadlos halten soll, richtig, was läge näher, als die von den Parteien selbst vorgenommene Schätzung der Sache auch für diese Verpflichtung beizubehalten? Eine Anfechtung dieser Schätzung nach Untergang der Sache würde dem Käufer nur unter denselben Voraussetzungen
S. 488. zu gestatten, dann aber meiner Meinung nach auch nicht zu versagen sein, unter denen er sie ohne den Fall des Casus hat, namentlich also würde dies, insofern man, wie ich es thue, auch dem Käufer das Rechtsmittel der laesio enormis zugesteht, auch für den Fall der laesio enormis gelten, nach Untergang der Sache also noch eine Herabsetzung des Preises auf den wahren Werth der Sache verlangt werden können [47].

47) Freilich ist die Klage, wenn die Sache noch existirt, nicht auf Herabsetzung des Preises, sondern auf Aufhebung des Contracts zu richten, und jene Herabsetzung erfolgt nur auf Antrag des Beklagten, allein im Fall des casuellen Untergangs der Sache auf demselben (an sich freilich möglichen, l. 38 § 3, l. 47 § 1 de aed. act. 21. 1) Petitum zu bestehen, hieße in der That einem leeren Formalismus huldigen, da es im praktischen Endresultate hier immer zu einer Herabsetzung des Kaufpreises kommen wird.

Vierter Band
(1860).

VI. Culpa in contrahendo
oder
Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen.

Wenn ein Schriftsteller ein bereits bekanntes Thema behandelt, so darf man von ihm erwarten, daß er sich auf die von ihm gefundenen Resultate beschränke, den Leser aber mit Angabe des Weges, auf dem er zu denselben gelangt ist, verschone. Anders aber, wenn er, wie im vorliegenden Fall, ein völlig neues Thema erst einzuführen gedenkt; hier würde es durchaus ungeeignet sein, die gefundenen Resultate in fertiger Form vorzulegen, vielmehr liegt es ihm hier zunächst ob, das Bedürfniß und Interesse seiner Untersuchungen, die Ausgangs- und Zielpunkte derselben zu bezeichnen, um so von vornherein den Leser auf den Standpunkt zu stellen, von dem aus er der Untersuchung selbstthätig folgen kann, und dies wird sich nicht besser erreichen lassen, als indem er dem Leser die Entstehungsgeschichte seiner Arbeit mittheilt, wie dies jetzt im Folgenden geschehen soll. IV. Jahrg. Bd. IV. S. 1.

Bei dem Vortrage der Lehre vom wesentlichen Irrthum in meinen Vorlesungen machte mir schon seit Jahren ein Punkt große Schwierigkeit, auf den ich eine befriedigende Auskunft zu ertheilen S. 2.

IV. Jahrg. Bd. IV. nicht im Stande war, nämlich die Frage: ob nicht der irrende Theil dem Gegner auf Ersatz des durch seine Schuld ihm verursachten Schadens hafte? Es will Jemand 100 Pfund von einer Waare bestellen, verwechselt aber das Pfund- mit dem Centnerzeichen; die 100 Centner kommen an und werden von ihm zurückgewiesen. Oder der Correspondent eines Handlungshauses soll im Auftrage des Prinzipals eine gewisse Waare bestellen, verschreibt sich aber im Namen derselben. Daß der Vertrag nichtig ist, vorausgesetzt daß das Versehen wirklich bewiesen werden kann, ist unzweifelhaft. Allein wer trägt die nutzlos aufgewandten Verpackungs- und Versendungskosten? Haftet der culpose Theil dem Gegner nicht zum Ersatz der durch seine culpa ihm verursachten Auslagen? Die Literatur ließ mich über diese Frage fast gänzlich im Stich. Die meisten Lehrbücher berühren sie gar nicht, und nur bei vier neueren Schriftstellern habe ich sie aufgeworfen gefunden. Zwei derselben verneinen sie[1]) und, wie es scheint, mit vollem Recht. Denn da der Contract nicht zu Stande gekommen ist, so kann von einer Anwendbarkeit der Grundsätze über contractliche culpa nicht die Rede sein, unter die der außercontractlichen, der act. legis Aquiliae, läßt sich der Fall ebensowenig bringen.

Die Unbilligkeit und praktische Trostlosigkeit eines solchen Resultats liegt auf der Hand; der culpose Theil geht frei aus, der
S. 3. unschuldige wird das Opfer der fremden Culpa! Führen die Grundsätze des römischen Rechts in der That zu einem solchen Resultat, so darf man ihm den Vorwurf machen, daß es nach dieser Seite hin eine empfindliche Lücke darbiete.

Die beiden andern Schriftsteller bejahen die Frage, aber der eine[2]), wenn auch durch ein richtiges praktisches Gefühl geleitet, ohne alle weitere Begründung, als daß, „wenn die eine Partei

---

1) von Savigny, System III S. 295 Note a, von Wächter, Würtemb. Privatrecht II S. 749.

2) Schweppe, Das röm. Privatrecht III § 418 (Ausg. 4).

dolo oder culpa jene Nichtigkeit veranlaßt habe, der Benachtheiligte aber an dieser Schuld keinen Antheil habe, letzterer nach allgemeinen Grundsätzen Entschädigung fordern könne." Diese „allgemeinen Grundsätze" anzudeuten hat jener Schriftsteller nicht für gut befunden, und da er wegen Nichtigkeit des Contracts die Möglichkeit der Contractsklage selbst in Abrede stellt, so kann er, abgesehen von der act. doli für den Fall des dolus, für den der culpa nur an die act. legis Aquiliae gedacht haben, deren Statthaftigkeit ihm jedoch nach „allgemeinen Grundsätzen" schwerlich Jemand zugeben dürfte. IV. Jahrg. Bd. IV.

Der andere Schriftsteller [3]) ist meines Wissens der einzige, der unsere Frage einer nähern Beachtung gewürdigt hat. Er hat nach meiner Ansicht das Richtige vollkommen getroffen, indem er auf Grund der unten zu erörternden l. 8 und 9 de her. vend. (18. 4) die Behauptung aufstellt, daß die Nichtigkeit des Contracts zwar die Klage auf Erfüllung desselben, nicht aber die auf Schadensersatz wegen culpa ausschließe.

Ob es an der unterlassenen weitern Durchführung dieser S. 4. ihrem Kern nach vollkommen richtigen Idee oder an der Macht des wissenschaftlichen Vorurtheils gelegen hat — kurzum, die von diesem Schriftsteller gegebene verdienstliche Anregung ist für die spätere Literatur so gut wie verloren gegangen [4]), und ich selbst

3) Richelmann, Der Einfluß des Irrthums auf Verträge. Hannover 1837 S. 129 fl. Er selbst nimmt auf ältere Schriftsteller, z. B. Cujacius Obs. II c. 5 Donellus Comm. lib. 12 c. 20 u. a., Bezug, die jedoch über die unmittelbaren Anhaltspunkte der Quellen wenig hinausgehen.

4) Außer von Wächter a. a. O., der zwar die Möglichkeit der Contractsklage bei Nichtigkeit des Contracts „aus der besondern Garantie, welche der Versprechende gegeben", anerkennt, aber es für unrichtig erklärt, wenn Richelmann in einem solchen Fall die Ersatzklage auf culpa des Beklagten gründen wolle, hat Niemand seines Versuchs gedacht. Savigny a. a. O. beschränkt sich darauf, zu sagen: ganz unrichtig hätten Manche (?) angenommen, der irrende Verkäufer sei wegen culpa verantwortlich, während doch letztere keine allgemeine causa obligationis sei, sondern nur einen wirklich existirenden Vertrag zu modificiren vermöge.

IV. Jahrg. Bd. IV. darf mich von diesem Vorwurf ebenfalls nicht freisprechen, denn ich habe die Richelmann'sche Ansicht erst zu würdigen gelernt, nachdem ich von einer andern Seite her und unabhängig von ihr zu derselben gedrängt worden bin.

Es war dies bei Gelegenheit des Falls, den ich in der dritten Abhandlung S. 128—129 berührt habe, dem des Versehens des Boten. Ich ersuche einen Freund, der nach Bremen reist, mir bei meinem Cigarrenlieferanten 1/4 Kiste Cigarren zu bestellen, er versieht sich aber und bestellt 4 Kisten. Dieselben werden mir übersandt, von mir aber zurückgewiesen. Hat der Absender die doppelten Transportkosten zu tragen, oder kann er sie vom Boten oder von mir ersetzt verlangen? Man muß in seiner Unterordnung unter das römische Recht jede Regung des gesunden Rechtsgefühls erstickt haben, wenn man sich dabei zu beruhigen vermag, daß der Contract wegen mangelnden Consenses über das Quantum der Waare nicht zu Stande gekommen, eine Con-
S. 5. tractsklage folglich nicht möglich sei, die Voraussetzungen der act. legis Aquiliae aber nicht vorlägen. Wer fühlt nicht, daß es hier einer Schadensersatzklage bedarf? Aber freilich — — unsere Quellen beobachten über die Frage ein tiefes Schweigen, und unsere Literatur hat dies Beispiel nur zu treulich befolgt, denn außer bei Thöl[5]), welcher mit einer actio doli gegen den Boten helfen will, habe ich die Frage nirgends auch nur einmal aufgeworfen gefunden. Ueber die Nothwendigkeit einer Klage mit Thöl einverstanden, konnte ich doch die von ihm getroffene Wahl nicht billigen, denn eine act. doli, welche das Requisit des dolus aufgibt und mit culpa vorlieb nimmt, hat von der Klage nur noch den Namen, vielmehr schien mir nichts übrig zu bleiben, als diesen Fall der culpa an diejenige Klage anzulehnen, welche die Beschädigung durch außercontractliche culpa zu ihrer Voraussetzung hat — die act. legis Aquiliae, obschon ich mir das Mißliche einer so weit getriebenen Ausdehnung dieser Klage nicht verhehlte.

5) Handelsrecht Bd. 1 § 25 (Aufl. 3 S. 104).

Gegen meine Annahme, daß das römische Recht uns hier völlig im Stich gelassen, erhob sich in diesen Jahrbüchern (Bd. I S. 462 Note 161) ein Widerspruch von Seiten Bähr's. Er meint, der Bote, der ein Versehen begehe, werde damit Procurator und hafte als solcher dem Dritten für das Vorhandensein des Mandats. Das hieße mit andern Worten: so wie nach römischem Recht der Procurator, weil er selbst den Contract abgeschlossen, zunächst auch selbst haftet und durch Ueberschreitung seines Mandats des Rechts, den Dritten mit der act. quasi institoria an den Mandanten zu weisen, verlustig geht, ebenso soll auch der Bote schlechthin als Contrahent gelten, also den Contract zu erfüllen haben. Allein dies läßt sich weder theoretisch rechtfertigen, noch würde es praktisch als angemessen bezeichnet werden können. Es hieße, statt der Person, die nach Absicht aller drei dabei thätigen Personen der eigentliche Contrahent sein soll, zur Strafe eine andere substituiren, die es nach ihrer aller Willen nicht sein soll. Darf man denn, wenn es sich z. B. um Abschluß eines Miethscontracts handelt, dem Vermiether statt des ihm genehmen Mandanten den Boten, den er nie in sein Haus aufgenommen haben würde, als Miethsmann aufdringen? Soll dem Boten, der sofort nach Abschluß des Contracts seinen Irrthum entdeckt, die Befugniß, denselben zu berichtigen, abgesprochen werden? Dies wäre aber unumgänglich, wenn der Contract einmal in seiner Person perfect geworden wäre.

IV. Jahrg. Bd. IV.
S. 6.

Der Fall des Versehens des Boten führte mich auf einen andern, der seiner Zeit in öffentlichen Blättern mitgetheilt ist und eine gewisse Celebrität erlangt hat. Das Haus X in Cöln beauftragt das Banquierhaus Z in Frankfurt durch telegraphische Depesche, auf seine Rechnung einen namhaften Betrag gewisser Staatspapiere zu **verkaufen**, durch irgend ein bei der Beförderung der Depesche vorgekommenes Versehen bleibt aber das „ver“ in „verkaufen“ aus, und die Depesche wird in dieser Fassung dem Mandaten zugestellt und von ihm ausgeführt. Da die bezeichneten Papiere gleich darauf eine beträchtliche Coursvermin-

IV. Jahrg. Bd. IV. derung erfuhren, so war die Differenz eine sehr beträchtliche, sie betrug, wie ich meine, an die 30,000 Fl. Konnte Z dieselbe von X ersetzt verlangen? Letzterer bestritt dies, weil das Mandat, wie jeder Vertrag, Consens voraussetze, es daran aber im vorliegenden Fall gefehlt habe. Gleichwohl ward er von der erkennenden Behörde verurtheilt; aus welchen Gründen, habe ich leider nicht
S. 7. in Erfahrung bringen können, allein die Entscheidung selbst war mir von größtem Interesse, denn sie bestärkte mich in meiner Ueberzeugung, daß das Leben für diese und ähnliche Fälle sich mit der nackten Nichtigkeit des Contracts nach römischem Recht nicht abfinden lasse, vielmehr die unabweisbare Forderung einer Schadensersatzklage erhebe. Wie immerhin letztere theoretisch zu construiren, so viel stand mir fest: sie selbst ist gar nicht zu entbehren, und es muß, wenn auch der von mir anfänglich gewählte Gesichtspunkt der act. legis Aquiliae ein unhaltbarer sein sollte, sich ein anderer theoretisch befriedigenderer für sie auffinden lassen.

Ich suchte zu dem Zweck, mir das Eigenthümliche der bisher mitgetheilten drei Fälle der culpa im Gegensatz zu sonstigen Fällen derselben zum Bewußtsein zu bringen. Daß ein Schreibfehler, eine falsch bestellte Botschaft oder Depesche im außercontractlichen Verkehr nicht schlechthin eine Verbindlichkeit zum Schadensersatz erzeuge, war klar. Jemanden, der aus Gefälligkeit die neuesten Course oder irgend eine auf letztere influirende wichtige politische Nachricht mittheilt und sich dabei versieht, für die Folgen seiner culpa verantwortlich zu machen — dafür erhob sich auch nicht die leiseste Regung in mir, während sich umgekehrt in den obigen drei Fällen mein Gefühl ebenso entschieden für die Haftbarkeit aussprach.

Worin liegt der Unterschied in der factischen Gestaltung der Fälle? Bei letzterem wird die culpa begangen bei Gelegenheit eines intendirten Contractsverhältnisses, der eine Theil ist dadurch in Schaden gerathen, daß er einen ihm von Andern proponirten und dem äußern Hergang nach zu Stande gekommenen Vertrag ausführte. Damit hatte ich eine feste Ab-

grenzung des Gebiets unserer culpa gewonnen, nämlich die der culpa bei Abschluß von Contracten: culpa in contrahendo. IV. Jahrg. Bd. IV.

Von diesem Punkt aus ging ich weiter, und fand bald eine Reihe anderer Fälle, in denen sich derselbe Thatbestand wiederholte, und unter ihnen zu meiner Freude auch einen, in dem die Nothwendigkeit einer Klage, freilich ohne genügende Begründung, bereits von der Theorie [6] anerkannt war. Der wichtigste Fund von allen aber war mir der, daß das römische Recht selbst in zwei Fällen, dem des Verkaufs einer res extra commercium und einer nicht existirenden Erbschaft, die Schadensersatzverbindlichkeit ausgesprochen hatte. Damit hatte meine Theorie festen quellenmäßigen Grund und Boden betreten, und es kam jetzt nur noch darauf an, den in den Entscheidungen der Quellen mehr verborgenen, als ausgesprochenen Inhalt zu Tage zu fördern. Das ist Aufgabe des Folgenden. Es scheint mir am richtigsten zu sein, zwischen dem, was die Stellen direct und unzweifelhaft enthalten, und dem, was sich ihnen nur auf dem Wege der Deduction abgewinnen läßt, streng zu scheiden. Ich werde daher zunächst im ersten Abschnitt dieser Abhandlung den unmittelbaren Inhalt der Stellen feststellen, sodann im zweiten unter Zuhülfenahme der gewonnenen Resultate meine Theorie der culpa in contrahendo zu begründen versuchen und endlich im dritten diese Theorie auf alle einzelnen Fälle, deren ich habhaft geworden bin, anwenden.

S. 8.

I. Unmittelbarer Inhalt des Quellenmaterials.

Die Stellen, um deren Benutzung es sich hier handelt, sind folgende [7].

---

6) Es ist der des Widerrufs der Offerte bei Vertragsabschluß unter Abwesenden s. unten III 3.

7) Ueber die ältere Literatur der Stellen s. Glück, Pandekten XVI S. 48 und die Interpreten zum Titel de contr. emtione (18. 1). Einige andere hierher gehörige Entscheidungen der Quellen habe ich für passender gehalten, im dritten Abschnitt bei Gelegenheit der Fälle, welche sie betreffen, zu benutzen. Die obigen reichen für den nächsten Zweck der Gewinnung einer

IV. Jahrg. Bd. IV. S. 9. l. 62 § 1 de contr. emt. (18. 1) (Modestinus): Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparaverit, licet emtio non teneat, ex emto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit ejus ne deciperetur.

Diese Stelle scheinen die Verfasser der Institutionen vor Augen gehabt zu haben bei der Abfassung des

§ 5 J. de emt. et vend. (3. 23): [Loca sacra vel religiosa item publica veluti forum basilicam frustra quis sciens emit] quae tamen *si pro profanis vel privatis* deceptus a venditore quis emerit, *habebit actionem ex emto*, quod non habere ei licebat, *ut consequatur* quod sua *interest eum deceptum non esse*. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

In einem einzelnen der hierher gehörigen Fälle hatte das prätorische Edict eine eigene Klage gewährt:

l. 8 § 1 de relig. (11. 7) (Ulpianus): Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, Praetor in factum actionem in eum dat ei, ad quem ea res pertinet, quae actio et in heredem competit, cum *quasi ex emto actionem contineat*.

Den zweiten Fall behandeln die l. 8 und 9 de hered. vend. (18. 4).

S. 10. l. 8 (Javolenus) . . . si nulla est (hereditas), de qua actum videatur, pretium duntaxat et *si quid in eam rem impensum est*, emtor a venditore consequatur l. 9 (Paulus) et si quid emtoris interest.

---

quellenmäßigen Grundlage vollkommen aus, und das Hineinziehen der übrigen würde eher stören, als fördern. Die l. 21 § 2 de act. emt. (19. 1) habe ich wegen der Zweifel, die rücksichtlich ihrer erhoben werden können (*Richelmann* a. a. O. S. 62 und *von Savigny*, System III S. 287 fl.) völlig ausgeschlossen.

Analysiren wir das Verhältniß, welches diese Stellen behandelt, so erhalten wir als völlig unzweifelhaft folgende Momente: IV. Jahrg. Bd. IV.

1) Aeußerer Abschluß des Kaufcontracts. Derselbe liegt in seinem äußern Thatbestand: Consens über Waare und Preis vor.

2) Nichtigkeit desselben wegen eines das verkaufte Object betreffenden Mangels, in dem einen Fall mangelnder Fähigkeit[8]), in dem andern mangelnder Existenz. Den letztern Fall haben wir uns, wie es nach den Worten der l. 8 cit.: si nulla (hereditas) est, de qua actum videatur scheinen könnte, nicht etwa so zu denken, als hätten die Parteien gar keine bestimmte Erbschaft im Auge gehabt — bei einem so abgeschmackten Handel würde der Käufer, wenn er in Schaden käme, sich selbst anzuklagen haben — sondern die vorhergehenden Worte der Stelle zeigen, daß der Jurist zwei Fälle sich hat gegenüber stellen wollen: es ist objectiv eine Erbschaft vorhanden, aber sie gehört nicht dem Verkäufer — hier kann auf Erfüllung geklagt werden — und die Erbschaft, welche die Parteien im Sinn hatten, ist objectiv nicht vorhanden, z. B. weil der Erblasser gar nicht verstorben, oder der Verkäufer eine Person als Erblasser vorgespiegelt hat, welche gar nicht existirt — hier greift unsere Schadensersatzklage Platz.

3) Mangel in der Person des Verkäufers, d. h. Mangel einer Eigenschaft, die er contractsmäßig zu gewähren hätte. S. 11.
Daß er diesen Mangel gekannt haben, also in dolo gewesen sein müsse, könnte man aus dem in der l. 62 § 1 cit. und § 5 Inst. cit. vorkommenden Ausdruck deceptum esse, deciperetur schließen, und in der That hat ein neuerer Schriftsteller dies gethan[9]), allein, wie ich glaube, entschieden mit Unrecht. Wie bedenklich dieser Schluß ist, hat demselben nicht entgehen können,

---

8) l. 34, 83 § 5, 103 de V. O. (45. 1) l. 1 Cod. de sep. (9. 19) .. jure non subsistat venditio l. 2 Cod. de rel. (3. 44).

9) F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I S. 122.

IV. Jahrg. Bd. IV. und macht er selber auf die bereits von Andern [10]) bemerkte Thatsache aufmerksam, daß decipi keineswegs nothwendig ein decipere von der andern Seite voraussetze, vielmehr häufig bloß im objectiven Sinn von dem auf irgend eine Weise hervorgerufenen Zustand des Getäuschtseins (ohne eine darauf gerichtete Absicht einer andern Person) gebraucht werde [11]). Bedenkt man nun, daß die übrigen obigen Stellen und unter ihnen eine, welche, wie es scheint, die Worte des Edicts selbst mittheilt, auch nicht die leiseste Andeutung auf einen dolus des Verkäufers enthalten, so wird die Wahl, ob man in sie diese Voraussetzung hineintragen, oder umgekehrt mit Rücksicht auf sie den obigen Ausdruck im objectiven Sinn verstehen soll, schwerlich zweifelhaft sein können.

Der Umstand, der trotzdem jenen Schriftsteller abgehalten hat, sich für eine Ansicht zu erklären, der er das Prädikat der größeren Billigkeit selber nicht abzusprechen vermag, besteht in dem
S. 12. Grunde, „daß nur der dolus, dem die lata culpa gleichstehe, allgemein als causa obligationis anerkannt sei, die levis culpa aber nur bei Gelegenheit der act. legis. Aquiliae als Obligationsgrund vorkomme" [12]). Hiergegen verdient jedoch ein Doppeltes bemerkt zu werden.

Erstens: die in manchen Stellen ausgesprochene Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus läßt sich nur auf contractliche Verhältnisse beziehen [13]). Wohin würde es führen, wenn Je-

10) z. B. Savigny, Obl.-Recht II S. 292.

11) Außer den Citaten bei Savigny und Mommsen z. B. l. 18 de his qui (3. 2) l. 7 § 1 de exc. (44. 1) s. namentlich l. 1 § 2 de aed. ed. (21. 1) decepti .. etiamsi (venditor) ignoravit; im Schluß der Stelle wird falli in derselben Weise gebraucht .. fallatur ignorantia venditoris an calliditate, von capi ist es bekannt, und liefert der Titel de minoribus (4. 8) viele Belege, z. B. l. 7 § 7.

12) A. a. O. S. 109, 116, 123, 136 Note 6.

13) Von den Stellen reden die l. 1 § 1 si mensor (11. 6) l. 32 Dep. (16. 3) l. 7 § 1 de susp. tut. (26. 10) l. 1 § 5 de O. et A (44. 7) ausdrücklich von contractlichen Verhältnissen und nur die l. 226 de V. S. (50. 26) ganz allgemein. Wie so manche Stellen dieses letztern Titels trotz ihrer scheinbaren

mand in außercontractlichen Verhältnissen schlechthin, wie wegen dolus, auch wegen culpa lata in Anspruch genommen werden könnte! Eine unvorsichtige Aeußerung, die Mittheilung eines Gerüchts, einer falschen Nachricht, ein schlechter Rath, ein unbesonnenes Urtheil, die Empfehlung eines derselben nicht würdigen Dienstmädchens von Seiten der frühern Dienstherrschaft, die von einem Vorübergehenden gebetene Auskunft über den Weg, die Zeit u. s. w., kurz, alles und jedes würde bei vorhandener culpa lata trotz aller bona fides zum Ersatz des dadurch veranlaßten Schadens verpflichten, und die act. de dolo würde in einer solchen Ausdehnung zu einer wahren Geißel des Umgangs und Verkehrs werden, alle Unbefangenheit der Conversation wäre dahin, das harmloseste Wort würde zum Strick! Abgesehen von der in der Note 13 erwähnten allgemein redenden Stelle bietet das römische Recht auch nicht den Schein eines Grundes für eine solche Ansicht dar, im Gegentheil schließt es dieselbe dadurch aufs Bestimmteste aus, daß es die act. doli ausdrücklich auf die betrügerische *Absicht* stellt[14]). *Mommsen* hat demgemäß nur die Wahl, die Schadensersatzklage in unserm Fall entweder bloß bei dolus oder, wenn bei culpa, sie auch bei culpa *levis* zuzulassen.

IV. Jahrg. Bd. IV.

S. 13.

Zweitens. Wenn man, wie *Mommsen* es thut, den

Allgemeinheit auf spezielle Verhältnisse zu beschränken sind, so auch diese. Die Frage verdiente eine nähere Untersuchung; meines Wissens ist sie bisher noch gar nicht eingehend behandelt. *Glück*, Comment. zu den Pandekten IV S. 534 (und nach ihm Andere, z. B. *Schweppe*, Das röm. Privatrecht B. V § 998) beschränkt sich unter Bezugnahme auf l. 7 § 10 de dolo (4. 3): nam nisi ex magna et evidenti calliditate non debet de dolo actio dari auf die Bemerkung, daß ein „deutlicher und überzeugender Beweis der betrügerischen Absicht des Beklagten erforderlich sei", will jedoch, wenn aus den Umständen eine grobe Nachlässigkeit hervorgeht, die dem Betruge nahe kommt, nach l. 33 ibid. eine act. in factum geben. Gelegentlich ist die Frage in jüngster Zeit berührt und im verneinenden Sinn beantwortet von L. *Goldschmidt*, Der Lucca-Pistoja-Actien-Streit. Frankf. 1859. S. 81.

14) l. 1 § 2 dolo (4. 3). Ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck, worin die im Text vertheidigte Ansicht zu Grunde gelegt ist, theilt *Seuffert*, Arch. für Entscheidungen IX Nr. 145 mit.

IV. Jahrg. Bd. IV. Schadensersatzanspruch des Käufers nach Grundsätzen der außercontractlichen Verschuldung beurtheilen will, mit andern Worten in ihm nur eine act. de dolo erblickt, warum in aller Welt griffen die römischen Juristen hier zur Contractsklage, warum hielt es der Prätor für nöthig, in einem der obigen Fälle sogar eine eigene Klage dieserhalb zu gewähren? Die act. de dolo hätte ja vollkommen ausgereicht. Wenn man sich gleichwohl zur Gewährung der Contractsklage verstand, so muß letztere etwas bezweckt haben, was sich mit der act. doli nicht erreichen ließ, mit andern Worten die Abweichung von den Grundsätzen der außercontractlichen Verschuldung, welche Mommsen durch eine beschränkende Auslegung unserer Stellen glaubt zurückweisen zu
S. 14. müssen, muß gerade der Grund und Zweck unserer Klage gewesen sein. Worin diese Abweichung gelegen, und wie sie sich rechtfertige, ist hier noch nicht der Ort zu untersuchen.

Halten wir uns also an die Stellen, wie sie lauten: der Verkäufer, der eine nicht existirende Erbschaft oder eine res extra commercium verkauft hat, haftet schlechthin, d. h. ohne daß es auf sein Wissen ankommt. Ob man ihm aus seiner Unbekanntschaft mit dem Mangel der Sache den Vorwurf einer culpa machen könne, darüber äußern sich unsere Stellen nicht, diese Frage muß also vorläufig noch ausgesetzt bleiben.

4) Unbekanntschaft des Käufers mit dem Mangel. Dies Erforderniß wird von Modestin ausdrücklich (»nesciens«), von den Institutionen mittelst der Worte »deceptum non esse« deutlich hervorgehoben, und würde sich übrigens nach allgemeinen Grundsätzen schon von selbst verstehen. Unsere Klage geht nämlich, wie unten gezeigt werden wird, darauf, daß der Verkäufer dem Käufer rücksichtlich derjenigen nachtheiligen Handlungen, zu denen der Glaube an die Gültigkeit des Contracts ihn veranlaßt hat, schadlos halte, sie cessirt mithin, wenn der Käufer den Mangel kennt, also weiß oder wissen muß, daß der Vertrag nichtig ist[15].

---

15) Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur dam-

Daß der Fall des Wissenmüssens dem des Wissens gleich- IV. Jahrg. Bd. IV. stehe, ist zwar hier nicht gesagt, allein die Analogie der ädilitischen Klage, bei der diese Gleichstellung ausdrücklich erwähnt wird (l. 14 § 10 cit. in Note 15), und bei der es sich ja ebenfalls um S. 15. Mängel der verkauften Sache handelt, wird uns hierüber schwerlich im Zweifel lassen.

5) Contractsklage auf Schadensersatz. Daß der Käufer seinen Anspruch mit der Contractsklage verfolgen könne, ist in zwei der Stellen ausdrücklich gesagt, und rücksichtlich der actio in factum wegen Verkaufs eines locus religiosus bemerkt Ulpian, um ihren Uebergang auf die Erben zu rechtfertigen, daß sie quasi ex emto actionem contineat, für die beiden andern Stellen werden wir also dasselbe annehmen dürfen. Warum aber die Contractsklage gegeben wird, und wie sich dies mit der Nichtigkeit des Contracts verträgt, ist eine Frage, die über den unmittelbaren Inhalt der Stellen hinausgeht, und die ich daher meinem Plan gemäß auf den folgenden Abschnitt verschiebe.

Was dagegen aus den Worten der Stellen sich unmittelbar entnehmen läßt, ist der praktische Inhalt der Klage, und diesen Punkt will ich hier gleich vollständig erörtern, komme also in dem folgenden Abschnitt nicht wieder darauf zurück.

Worauf also ist der Anspruch unseres Käufers gerichtet? Daß er den gegebenen Kaufpreis zurückfordern kann, versteht sich nach Grundsätzen über die condictio sine causa von selbst[16]; dazu bedurfte es der act. emti nicht. So bleibt als Gegenstand der Klage nur das Interesse des Käufers, und drei der Stellen

---

num sentire l. 203 de R. J. l. 1 § 1 de act. emt. (19. 1) i. f. non videtur esse celatus qui scit. Ebenso cessirt die ädilitische Klage unter dieser Voraussetzung l. 14 § 10 de aed. ed. (21. 1) . . quae ignoravit aut ignorare potuit, und die Haftung dessen, qui liti se obtulit l. 45 de her. pet. (5. 3) . . quippe isto modo non est deceptus.

16) Rücksichtlich des Verkaufs einer nicht existirenden Erbschaft wird in l. 7 de her. vend. (18. 4) ausdrücklich auf die condictio verwiesen; siehe außerdem l. 12 de R. Cr. (12. 1), l. 23 de cont. emt. (18. 1).

IV. Jahrg. Bd. IV. bedienen sich ausdrücklich des Ausdrucks: quod, (si quid) ejus interest. Besäßen wir bloß eine derselben, nämlich die l. 9 de her. vend.: et si quid emtoris interest, so könnte wegen der
S. 16. Unbestimmtheit dieser Worte die richtige Auffassung dieses Interesses Schwierigkeiten machen, die beiden andern helfen uns darüber hinweg.

Das Interesse des Käufers läßt sich in unserm Verhältniß in doppelter Weise denken [17]: einmal nämlich als ein Interesse an der *Aufrechthaltung* des Contracts, also an der *Erfüllung* — hier würde der Käufer in einem Geldäquivalent alles erhalten, was er im Fall der Gültigkeit des Contracts gehabt haben würde — und sodann als ein Interesse am *Nichtabschluß* des Contracts — hier würde er erhalten, was er haben würde, wenn die äußere Thatsache des Contractsabschlusses gar nicht vorgekommen wäre. Einige Beispiele werden diesen Unterschied, den ich der Kürze wegen mit *positivem* und *negativem Vertragsinteresse* bezeichnen will, klar machen. Wenn der Verkäufer die dem Käufer übersandte Sache wegen wesentlichen Irrthums zurückforderte, so würde das Interesse der Aufrechthaltung des Contracts, wenn nicht in mehr, jedenfalls in dem Ueberschuß des Werths der Sache über den Kaufpreis bestehen, das Interesse des Nichtabschlusses im Ersatz der Transportkosten; wenn der Bote aus Versehen 10 Kisten Cigarren statt $^1/_{10}$ bestellt hat, so *jenes* in dem Gewinn, den der Verkäufer an 10 Kisten gemacht haben würde, *dieses* wiederum in dem Ersatz der Verpackungs- und Versendungskosten, möglicherweise könnte es auch völlig fehlen, so z. B. wenn der Bote sofort seinen Irrthum berichtigt hat.

Das Interesse der ersten Art hat die *Gültigkeit*, das der zweiten die *Ungültigkeit* des Contracts zur Grundlage. Nur insofern der Contract gültig, kann der Kläger die Ausführung des-
S. 17. selben oder, was dasselbe, sein Interesse an der Erfüllung ver-

---

17) Auf diesen Gegensatz des Interesses hat bereits *Mommsen* a. a. O. I S. 107 aufmerksam gemacht.

langen. Der Vorwurf, den er im zweiten Fall dem Beklagten macht, besteht nicht darin, daß der Contract ungültig ist — das hat nicht der Beklagte, sondern das Gesetz zu verantworten — sondern darin, daß der Beklagte, der den Ungültigkeitsgrund hätte wissen müssen, nichtsdestoweniger den Contract abgeschlossen und dadurch mittelbar den Kläger in Schaden gebracht hat. Prozessualisch ausgedrückt gehört also dort die Behauptung der Gültigkeit, hier die der Ungültigkeit zum Klagegrunde und muß, insoweit nicht Präsumtionen eingreifen, vom Kläger bewiesen werden. IV. Jahrg. Bd. IV.

Daß dieser Gegensatz des Interesses dem römischen Recht auch abgesehen von unserm speziellen Verhältniß bekannt ist, zeigen, um sonstiger Beispiele zu geschweigen, namentlich die ädilitischen Klagen. Die act. redhibitoria ist auf das negative [18]), die act. quanti minoris auf das positive Vertragsinteresse gerichtet.

Welche Art des Interesses die act. emti in unserm Fall zum Gegenstande hat, kann nach dem klaren Ausdruck der Stelle von Modestin und den Institutionen, quod ejus interfuit, ne deciperetur nicht zweifelhaft sein, und ich würde darüber kein Wort verlieren, wenn nicht die abweichende Ansicht zweier neuerer Schriftsteller mich dazu nöthigte. Burchardi [19]) meint, die Worte licet emtio non teneat in der Stelle von Modestin könnten den Sinn haben, daß „der Verkauf, obgleich er hier nicht die Verbindlichkeit erzeugen könne, die versprochene Sache selbst zu schaffen, doch allerdings den Verkäufer obligire, nämlich zur Leistung eines Aequivalents." Das hieße in anderer Form dasselbe S. 18. geben, was man in der einen versagte. Was ist denn die Leistung

18) l. 23 § 1 de aed. ed. (21. 1): ut nihil amplius consequatur, quam haberet, si venditio facta non esset. Beispiele l. 31 pr. ibid.: quae propter servum damna sensit, l. 59 pr. ibid.: rerum ablatarum a servo aestimationem, nur kann der Verkäufer sich hier durch Preisgebung der Sache der Prästation des Interesses entziehen, Mommsen a. a. O. I S. 202 (dazu III S. 411), II S. 34, 35.

19) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 328.

IV. Jahrg. Bd. IV. des Aequivalents anders, als eine Art der Erfüllung des Contracts — statt in natura in Geld? Um so weniger läßt sich diese Ansicht gerade für das römische Recht aufstellen, als nach Grundsätzen des römischen Prozesses der Antrag des Klägers stets auf Verurtheilung in Geld, nie auf die Sache selbst lautete. Welchen praktischen Unterschied hätte es denn gemacht, ob das Recht den Contract in unserm Fall für gültig oder für nichtig erklärt hätte? In beiden Fällen hätte der Kläger ganz dasselbe erhalten, und die angebliche Ungültigkeit wäre ein leeres Spiel mit Worten gewesen.

Der zweite Schriftsteller, Savigny[20], der ebenfalls dem Käufer einen Anspruch auf „Entschädigung für das Recht, welches ihm nicht unmittelbar verschafft werden kann", zugestehen will, vermeidet zwar diesen Widerspruch, indem er consequenter Weise den Vertrag nicht für nichtig, sondern für gültig erklärt, allein er geräth dadurch in einen andern Widerspruch, der kaum minder bedenklich ist, nämlich mit den Worten: licet emtio non teneat. Unmöglich konnte ein römischer Jurist sich dieser Worte bedienen, wenn er dem Käufer eine Klage auf das Erfüllungsinteresse gewähren wollte. Die Worte wären völlig nichtssagend, denn welche andere, als die angenommene Wirkung würde der Contract gehabt haben, wenn der Jurist den Contract für gültig erklärt hätte?

Demzufolge dürfte es sich als völlig feststehend bezeichnen lassen, daß der Käufer — oder sagen wir von jetzt an, wo wir
S. 19. uns nicht mehr auf den Fall der obigen Stellen beschränken werden: der Kläger — nur das Interesse am Nichtabschluß des Contracts geltend machen, d. h. den Ersatz des Schadens verlangen kann, den der Abschluß des Contracts (als äußere Thatsache genommen) ihm verursacht hat. Wir wollen dies Interesse etwas genauer betrachten.

Die nachtheiligen Folgen des Contracts für den Kläger

---

20) Obl.-Recht II S. 290.

können theils in unmittelbarer Beschädigung durch die Sache, IV. Jahrg. Bd. IV.
theils in Handlungen bestehen, zu denen ihm der Glaube an die Existenz desselben Veranlassung gegeben hat. Der erste Fall ist ohne sonderliches Interesse, einmal weil Fälle der Art sehr selten sein werden, und sodann weil bei ihnen abgesehen von der stets statthaften Retention der Schaden anstiftenden Sache regelmäßig die act. legis Aquiliae stattfinden würde. Es lassen sich jedoch Fälle denken, wo man sich zu letzterer schwerlich verstehen dürfte. Es sind in der Note 18 Stellen mitgetheilt, denen zufolge die act. redhibitoria auch auf Ersatz des durch den verkauften Sklaven angestifteten Schadens gerichtet werden kann. Setzen wir statt des Sklaven ein mit einer ansteckenden Krankheit behaftetes Stück Vieh, welches das des Käufers ansteckt, so würde man bei Unbekanntschaft des Verkäufers mit dem Fehler eine act. legis Aquiliae gegen ihn nicht gewähren können, andererseits aber, wenn der Vertrag wegen eines dem Verkäufer zur Last fallenden Irrthums im Object nichtig wäre, die act. redhibitoria auf Ersatz der verursachten Kurkosten nur auf unsern Rechtssatz stützen können[21].

Die nachtheiligen Wirkungen der Handlungen, zu denen S. 20.
der Contract den Kläger veranlaßt hat, können in positivem Verlust oder entgangenem Gewinn bestehen. Zu jenem gehören die Unkosten, die der Kläger in Folge der Abschließung oder Ausführung des Contracts aufgewandt hat[22], also die Stempel-, Notariats-, Termins-Gebühren bei solenner Aufnahme des Con-

---

21) Die l. 13 pr. § 1—3 de act. emt. (19. 1) scheint auch bei Gültigkeit des Contracts den Schadensersatzanspruch von dem Wissen des Verkäufers abhängig zu machen. Allein sie spricht von der act. emti (»in condemnatione ex emto«), welche in dieser Beziehung unter andern Grundsätzen stand, als die act. redhibitoria. Denn während letztere den Verkäufer schlechthin verantwortlich macht (l. 1 § 2 de aed. ed. 21. 1 vergl. mit den Stellen in Note 18), verpflichtet erstere ihn nur unter Voraussetzung des Wissens oder der ausdrücklichen Zusage der Abwesenheit der Fehler.

22) Alle diese Kosten umfaßt die l. 8 cit. (18. 4) mit den Worten: si quid in eam rem (d. h. für diesen Zweck) impensum est; daß das Interesse sich hierauf aber nicht beschränkt, lehrt die l. 9.

IV. Jahrg. Bd. IV. tracts; die Verpackungs-, Versendungs-, Abladungskosten, Steuer, üblichen Trinkgelder u. s. w.; die Verwendungen, die der Käufer auf die Sache, der Vermiether oder Miether (je nach Verschiedenheit des Falls) auf die vermiethete Wohnung, die Auslagen, welche der Mandatar zum Zweck der Ausführung des Mandats gemacht hat; die von dem Kläger, der die später vom Verkäufer wegen Irrthums im Object vom dritten Besitzer vindicirte Sache weiter verkauft hatte, seinem Käufer gewährte Evictionsleistung u. s. w.[23]).

Der Abschluß des vermeintlichen Contracts kann für den
S. 21. Kläger aber auch das Entgehen eines Gewinns zur Folge gehabt haben, sei es, daß er eine andere Gelegenheit zum Abschluß desselben von der Hand gewiesen oder nur unterlassen hat, sich bei Zeiten nach einer solchen umzusehen. Der Kutscher, der irrthümlich auf einen andern, als den beabsichtigten Tag bestellt ist, der Gastwirth, bei dem statt bei einem andern durch Versehen in der Adresse Zimmer bestellt sind, haben durch dieses Versehen keinerlei positiven Schaden gehabt, allein, wenn beide in Folge dieser Bestellung eine sich ihnen darbietende andere Gelegenheit zur Verwerthung ihres Fuhrwerks oder ihrer Zimmer abgelehnt haben, so steht dies für beide dem Verlust am baaren Gelde völlig gleich. Ohne eine solche Gelegenheit würde das Versehen für sie keine nachtheiligen Folgen gehabt haben.

Das negative Interesse kann unter Umständen die Höhe des positiven erreichen. In den beiden letzten Fällen erhalten die

---

23) Unser Anspruch kann also die Gestalt einer Evictionsleistung annehmen, immer aber bleibt hier der Gesichtspunkt des Interesses des Nichtabschlusses des Contracts der maßgebende, worauf ich unten (III, 2) passende Gelegenheit haben werde zurückzukommen. Ob die Nichtigkeit des Contracts von vornherein entdeckt wird, und letzterer gar nicht zur Ausführung kommt, oder erst späterhin, nachdem derselbe von beiden Seiten ausgeführt ist, und es in Folge dessen zu einer eigentlichen Eviction kommt, ist ein bloßer Unterschied der factischen Gestaltung des Falls; in dem einen Falle hat der nichtige Contract seine nachtheilige Wirksamkeit nur längere Zeit ausgeübt, als im andern, die Wirksamkeit selbst aber ist dieselbe.

Kläger ganz dasselbe, was sie im Fall der Ausführung des Vertrags hätten fordern dürfen, aber, wie aus dem Bisherigen hervorgeht, aus einem ganz andern Grunde. Dasselbe ist auch rücksichtlich des positiven Schadens möglich, wofür der oben S. 331 mitgetheilte Telegraphen-Fall ein anschauliches Beispiel gibt. Der Mandatar fordert hier (wenn wir von seinem Anspruch auf Provision absehen, der übrigens unter Umständen, nämlich wenn die Ausführung des Mandats mit einem Aufwand von Zeit und Mühe verbunden war, ebenfalls begründet sein kann) — er fordert hier nicht mehr und nicht weniger, als er im Fall der vollständigen Gültigkeit zu beanspruchen gehabt hätte. Demzufolge könnte es scheinen, als ob auch der Kaufmann, der die fälschlich statt der $^1/_{10}$ bestellten 10 Kisten Cigarren abgesandt und später zurückgeschickt erhalten hat, den entgangenen Gewinn beanspruchen dürfte, vorausgesetzt daß er nach seinen Absatzverhältnissen dieses Quantum sicher hätte verkaufen können. Allein war dies damals, so ist es auch jetzt noch möglich, mit andern Worten, der Gewinn ist ihm nicht entzogen, sondern nur vertagt, er kann ihn nachholen, während der Gastwirth und Kutscher dies nicht mehr vermögen. Allerdings aber können sich auch bei dem Kaufmann die Verhältnisse so gestalten, wenigstens bei gewissen Handelsartikeln, daß die durch die Ausführung des Scheincontracts und den Streit über das Zurücknehmen u. s. w. bewirkte Versäumniß geradezu die Möglichkeit des anderweitigen Verkaufs ohne Verlust entzieht (ut opportunitatem emtoris, cui venum dari potuit, perimeret, wie l. 33 de dolo 4. 3 es ausdrückt), so z. B. bei Modegegenständen, die inzwischen aus der Mode gekommen, Seefischen, die verdorben sind, Büchern, von denen inzwischen eine zweite Auflage erschienen ist, Lotterieloosen, wenn seitdem die Ziehung stattgefunden hat u. a. m.

Daß die Interessenforderung des Klägers, wie sie sich einerseits bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses erheben, so andererseits auf Nichts reduciren kann, bedarf nicht erst der Bemerkung. Wenn der Bote, nachdem er aus dem Laden gegangen, entdeckt,

IV. Jahrg. Bd. IV.
S. 22.

IV. Jahrg. Bd. IV. daß er den Auftrag falsch ausgerichtet, und seinen Irrthum sofort berichtigt, wenn bei Vertragsabschluß unter Abwesenden der Widerrufsbrief oder die Berichtigung des Schreibfehlers beim Adressaten eintrifft, bevor derselbe mit Ausführung der Bestellung begonnen, so hat der Scheincontract überall noch keine äußern und objectiven Folgen gehabt; für die subjectiven und innern, d. h. die Unannehmlichkeit der Enttäuschung gewährt aber das Recht bekanntlich keinen Ersatz.

II. Begründung der Theorie der culpa in contrahendo.

S. 23. Die bisherige Ausführung hat im Anschluß an die Quellen die wesentlichen Momente, von denen unser Ersatzanspruch abhängt, darzulegen versucht, allein eine Einsicht in die juristische Natur desselben ist damit noch keineswegs gewonnen, und doch ist ein bestimmtes Urtheil über dieselbe nicht bloß vom Standpunkt des theoretischen Interesses aus, sondern auch zum Zweck der detaillirteren dogmatischen Behandlung des Verhältnisses unerläßlich. Die Quellen selbst geben uns, wie bemerkt, über diese Frage keinen directen Aufschluß, aber meiner Ansicht nach reichen die Anhaltspunkte, welche sie gewähren, vollkommen aus, um dieselbe zu beantworten.

Setzen wir einmal den Fall — und in der That liegt uns derselbe ja in der speciellen act. in factum (S. 334) wirklich vor — das positive Recht hätte sich lediglich darauf beschränkt, für einzelne besonders wichtige Anwendungsfälle unsers Prinzips, z. B. den des Schreibfehlers, des Widerrufs der Offerte unter Abwesenden die Schadensersatzverbindlichkeit anzuerkennen, ohne über die juristische Natur derselben irgend etwas hinzuzufügen; wie würden wir dieselbe juristisch zu construiren haben?

Der Umstand, daß der Contract juristisch gar nicht zu Stande gekommen, würde uns, wie es scheint, mit Nothwendigkeit auf das Gebiet der außercontractlichen Beschädigung verweisen, und insofern wir die Klage nicht als eine juristische

Irregularität völlig isolirt und unerklärt da stehen lassen woll- IV. Jahrg. Bd. IV.
ten[24]), würden wir nur die Wahl haben, sie an die act. de dolo S. 24.
oder an die act. legis Aquiliae anzuschließen. Gegen beide Klagen erheben sich die gewichtigsten Bedenken. Beide nämlich ließen sich für diesen Zweck nur dann verwenden, wenn man bei der act. doli über das Moment des dolus, bei der act. leg. Aquiliae über das der eigenthümlichen Art der Beschädigung hinwegsähe. Man würde dadurch eine Klage bekommen, welche die Mitte zwischen ihnen beiden hielte, von der letztern die culpa, von der erstern die Gleichgültigkeit der Form der Beschädigung entlehnte oder mit andern Worten den Rechtssatz, daß die außercontractliche culpa schlechthin eine Verpflichtung zum Schadensersatz begründe. Wohin ein solcher Rechtssatz führen würde, ist S. 336 bereits gezeigt. Die Beschränkung der verpflichtenden Wirkung der culpa auf die Form der aquilischen, d. h. der sichtbaren, materiellen Beschädigung äußerer Gegenstände (Sachen oder Personen) ist in der That keine positive Bestimmung des römischen Rechts, sondern eine in der Natur der Dinge gegründete, und eben aus diesem Grunde haben die römischen Juristen, trotz aller Freiheit, die sie sich bei Ausdehnung der aquilischen Klage erlaubten, doch diese Grenze stets innegehalten.
Daß es jenseits derselben noch andere Fälle der Schadens- S. 25.
zufügung gebe, daran wurden sie täglich durch die act. doli erinnert, und wenn sie trotzdem die Ersatzpflicht für Fälle dieser Art auf die Voraussetzung des dolus beschränkten, so lehrt dies

---

24) Ich weiß nicht, ob ich Thöl Unrecht thue, wenn ich diese Bezeichnung auf die Klagen anwende, die er (Handelsrecht I § 57 Aufl. 3 S. 242) bei Widerruf der Offerte dem dadurch beeinträchtigten Oblaten (man verstatte mir diesen nach dem Muster von Delaten gebildeten Ausdruck) gewähren will. Thöl fügt kein Merkmal zur Charakterisirung derselben hinzu, denn der von ihm angegebene Grund: „zu dieser Voraussetzung (daß nämlich der Offerent bei dem Anerbieten verbleiben würde) hat er nach Treu und Glauben ein Recht" läßt die Natur dieses Rechts, sowie die Natur des aus seiner Verletzung hervorgehenden Ersatzanspruches völlig unbestimmt. Soll die act. de dolo gemeint sein?

IV. Jahrg. Bd. IV. deutlich, daß sie das nothwendige Abhängigkeitsverhältniß, welches zwischen der culpa und der beschränkten Form der Beschädigung einerseits, sowie der unbeschränkten Form der Beschädigung und dem dolus andererseits stattfindet, richtig erkannten. Diese Unbegrenztheit besteht bei der act. doli in zweierlei: erstens nämlich tritt hier an die Stelle des bei dem damnum injuria datum erforderlichen äußern einzelnen Objects der generelle und abstracte Begriff des Vermögens — letzteres kann verringert sein, ohne daß irgend ein äußerer Bestandtheil desselben dadurch betroffen wäre, so z. B. wenn Jemand durch den dolus des Andern zur Uebernahme einer nachtheiligen Bürgschaft veranlaßt worden ist — und sodann an die Stelle der mechanischen, äußerlichen, sichtbaren, unmittelbaren Form der nachtheiligen Einwirkung eine mittelbare, äußerlich nicht als solche erkennbare. Ein in doloser Absicht ertheilter schlechter Rath, falsche Nachricht, Empfehlung u. s. w. geben sich äußerlich durchaus nicht als Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zu erkennen, sie sind nicht an sich ein Unrecht und bewirken auch nicht schon an sich einen Schaden, vielmehr gewinnen sie diesen Charakter und diesen Einfluß erst durch die Art ihrer Beziehung zum Willen der beiden Theile, zu dem des Beklagten: den Charakter des Unrechts durch die Schlechtigkeit seiner Willensrichtung, zu dem des Klägers: den nachtheiligen Einfluß durch die mittelst ihrer hervorgerufene Willensbestimmung. Ist es nun dem Bisherigen nach geradezu unmöglich, unsern Schadensersatzanspruch an die genannten beiden Fälle außercontractlicher Beschädigung anzulehnen — und andere Fälle bieten sich nicht
S. 26. dar —, so bleibt nichts übrig, als den Gedanken des außercontractlichen Charakters der demselben zu Grunde liegenden Verschuldung gänzlich aufzugeben, und entweder jenen Anspruch als völlig unconstruirbar anzuerkennen oder aber zu versuchen, ob er sich nicht trotz der Nichtigkeit des Contracts auf den Gesichtspunkt contractlicher Verschuldung zurückführen lasse. Und in der That werden wir uns nicht verhehlen können, daß derselbe

eine entschiedene Richtung nach dieser Seite hin hat. Zunächst nämlich vermöge seiner äußern Veranlassung. Es ist der intendirte und äußerlich oder scheinbar vollzogene Abschluß eines Contracts, der sich in allen Anwendungsfällen desselben wiederholt, und der uns schon von vornherein auf die Vermuthung führen muß, daß in der Verbindung, in der hier die Verschuldung mit dem Contractsverhältniß auftritt, die eigenthümliche Natur unsers Ersatzanspruches beschlossen liege. Es ist doch im höchsten Grade auffällig, daß über diesen ganz scharf abgegrenzten Kreis hinaus der Gedanke, der culpa eine schlechthin verpflichtende Kraft beizulegen, sich eben so sehr als eine Unmöglichkeit, als innerhalb desselben als eine durch die Anforderungen der Gerechtigkeit gebotene Nothwendigkeit erweist (S. 327—332). IV. Jahrg. Bd. IV.

Jene Verbindung zwischen der culpa und dem Contractsverhältniß könnte denkbarer Weise eine rein äußerliche, d. h. die culpa selbst eine außercontractliche sein, welche nur in der äußeren Contractsabschließung die factische Möglichkeit ihrer Bethätigung fände, ohne aber in ihrer juristischen Natur durch diese ihre Verbindung mit dem Contract im mindesten beeinflußt zu sein. Allein die Verbindung ist in der That eine innerliche, die culpa, welche hier auftritt, ganz derselben Art, wie wir sie sonst nur in contractlichen Verhältnissen kennen. Es würde gar keine Schwierigkeiten haben, für alle Fälle unserer culpa (s. unten III.) analoge Entscheidungen unserer Quellen beizubringen, aber alle nur in Beziehung auf Contractsverhältnisse, keine einzige für außercontractliche Verhältnisse. So lassen sich z. B. für die Verpflichtung des Mandanten, den Mandatar im Fall des durch seinen Tod oder Widerruf nicht perfect gewordenen, aber in gutem Glauben von letzterem ausgeführten Mandats zu entschädigen, die Stellen in Bezug nehmen, welche diese Verpflichtung für den Fall des perfect gewordenen, aber durch jene Umstände beendeten Mandats aussprechen [25]; für die Verpflichtung im Fall der telegraphischen S. 27.

25) l. 26 pr. § 1 Mand. (17. 1) . . nam mandatum solvitur morte;

IV. Jahrg. Bd. IV. Depesche (S. 331) die l. 29 § 1, 2 mand. 17. 1; für die Verpflichtung, bei Rücknahme einer Offerte oder öffentlichen Auslobung den Schaden zu ersetzen, die l. 5 p. de cond. caus. d. S. 28. (12. 4). Fassen wir speziell unsern obigen Fall des Schreibfehlers ins Auge, so wird Niemand darüber in Zweifel sein, weder darüber, daß ein Schreibfehler in außercontractlichen Verhältnissen nicht verpflichte, obgleich er hier ebensowohl wie in contractlichen Verhältnissen den größten Schaden anstiften kann, noch darüber, daß er in einem bestehenden contractlichen Verhältniß zum Schadensersatz verpflichte. Soll derselbe bei einem entstehenden Contractsverhältnisse dieselbe Wirkung äußern, so heißt das nichts anderes, als wir unterstellen ihn den Grundsätzen über contractliche Haftung. Ebenso der wesentliche Irrthum, die schlechte Wahl des Boten u. s. w. — in außercontractlichen Verhältnissen sind sie ohne alle Bedeutung, in contractlichen verpflichten sie zum Schadensersatz.

Ein sicheres Kriterium der contractlichen culpa ist nach römischem Recht der Uebergang der Verpflichtung auf die Erben;

---

si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur. l. 58 pr. ibid. Wenn Richelmann a. a. O. S. 138 sich dieser Stellen zu dem Zwecke bedient, um mittelst derselben zu erweisen, „daß es den Römern nicht als etwas Abnormes erschienen sei, aus einer ihrer Hauptwirkung nach nichtigen Klage eine Entschädigung zuzulassen, indem es keinen Unterschied mache, ob von Anfang an Nichtigkeit vorhanden gewesen oder erst nachher", so kann ich dies nicht billigen. Denn es ist ein anderes Ding, aus einem gar nicht perfect gewordenen Mandate eine Klage geben, ein anderes, die obligatorische Kraft des einmal bestehenden Mandatsverhältnisses fortdauern zu lassen, nachdem ein Ereigniß eingetreten, welches die Repräsentationsqualität des Mandatars aufgehoben; das »mandatum solvi« bezieht sich nur auf ersteres, nicht auf letzteres. Aus demselben Grunde habe ich auch die Unterstützung, die ein Fachgenosse meiner Theorie mit der im Text citirten l. 5 pr. de cond. c. d. (12. 4) glaubte gewähren zu können, zurückweisen müssen. Diese Stelle handelt allerdings vom negativen Vertragsinteresse und legt der einen Partei die Verpflichtung auf, die durch ihren Widerruf der andern Partei vereitelten Kosten zu ersetzen, allein der Vertrag war hier bereits perfect geworden und ward nur hinterher wieder aufgelöst.

wo der Uebergang fehlt, ist die culpa eine außercontractliche, wo IV. Jahrg. Bd. IV.
er vorhanden, eine contractliche. Daß man bei unserer Schadensersatzklage den Uebergang zulassen mußte, bedarf wohl keiner Bemerkung. Damit war aber mittelbar entschieden, daß es sich hier um einen contractartigen Anspruch handle[26].

Was nun im Bisherigen aus Gründen der juristischen Construction als nothwendig nachzuweisen versucht ist, findet von Seiten der römischen Jurisprudenz seine volle Bestätigung darin, daß sie zum Zwecke des Schadensersatzes die Contractsklage (act. emti) gewährt. Der Name der Klage ist im Munde der römischen Juristen bekanntlich nicht ein bloßer Name oder etwas bloß prozessualisch Bedeutungsvolles, sondern der Ausdruck S. 29.
der materiell-rechtlichen Natur des unterliegenden Verhältnisses. Die actio emti in unserm Fall in die Sprache des materiellen Rechts übersetzt bedeutet also soviel, als: der Anspruch auf Schadensersatz stützt sich auf eine contractliche Verbindlichkeit.

Wie ist dies aber möglich, da ja der Contract selbst nichtig ist? Bedeutete die „Nichtigkeit" oder »nullam esse emptionem« so viel als gänzliche Wirkungslosigkeit des Vertrages, so würde eine act. emti aus einem solchen Vertrage ein Unding sein. Die Gewährung der act. emti ist ein sicherer Beweis dafür, daß der Vertrag gewisse Wirkungen hervorgebracht hat, der Ausdruck Nichtigkeit kann also, wenn er passend gebraucht sein soll, nur einen beschränkten Sinn haben, nicht die Abwesenheit sämmtlicher, sondern nur bestimmter Wirkungen prädiciren. Der Zweck eines jeden Vertrages ist Erfüllung, die beabsichtigte Wirkung besteht mithin in der Hervorbringung einer Verbindlichkeit auf Erfüllung. Ist nun diese Wirkung wegen Mangels irgend eines nothwendigen Erfordernisses ausgeschlossen, der eigentliche Zweck des Vertrags also vereitelt, so nennen wir ihn nichtig, wir bestimmen daher die Begriffe der Gültigkeit

26) Ulpian hebt in der l. 8 § 1 de relig. (11. 7) diesen Zusammenhang der Transmission der Klage mit ihrer Contractsnatur ausdrücklich hervor: in heredem competit, cum quasi ex emto actionem contineat.

IV. Jahrg. Bd. IV. und Nichtigkeit des Contracts nach dem praktischen Hauptzweck des Vertrages. Allein damit verträgt sich sehr wohl, daß der Vertrag Verbindlichkeiten anderer Art hervorbringen kann, insofern dieselben nur nicht auf Erfüllung gerichtet sind, so z. B. auf Rückgabe der gegebenen Sache, Arrha, auf Schadens-
S. 30. ersatz[27]). Die Eigenschaft der Sache als einer res extra commercium schließt die Möglichkeit der Erfüllung mit Nothwendigkeit aus, nicht aber die einer sonstigen aus diesem Vertrage sich ergebenden Verpflichtung. Die Parteien haben consentirt, alle übrigen Voraussetzungen des Vertrages mit Ausnahme der Fähigkeit des Objects sind vorhanden, warum also sollte derselbe nicht eine Verpflichtung unter ihnen hervorbringen können, in so weit letztere nicht die Leistung des Gegenstandes selbst zum Zweck hat?

Dem alten römischen Rechte mag diese Beobachtung zu fein und künstlich gewesen sein, jedenfalls ist mir kein Fall bekannt, wo es diese Behandlungsweise zur Anwendung gebracht hätte, allein daß das neuere Recht sich zu derselben aufgeschwungen hat, dafür gibt es wenigstens zwei unzweifelhafte Belege. Einmal die Gestattung der act. venditi aus einem unter einer Resolutivbedingung abgeschlossenen Kaufcontract nach Eintritt der Bedingung. Juristisch liegt die Sache hier bekanntlich so, als ob der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre, der Fall steht dem des von Anfang an nichtigen Contracts vollkommen gleich. Allein wenn auch die Hauptwirkung des Vertrages ausgeschlossen ist, so sind es darum nicht die Nebenwirkungen, er kann Folgen hervorgebracht haben, die sich in angemessener Weise nur auf dem obligatorischen Wege beseitigen lassen, und das neuere Recht verstattet daher aus gutem Grunde hier die Contractsklage[28]).

---

27) So erklärt es sich, wie in Fällen, wo die meisten römischen Juristen von einer Nichtigkeit des Contracts reden, andere von dem Vorhandensein eines Contracts sprechen konnten, s. z. B. l. 4. 70 de cont. emt. (18. 1) und andere in Note 65. Jene haben die Hauptwirkung, diese die accessorische im Auge. Auf die Stellen komme ich unten (III) zurück.

28) l. 6 § 1 de contr. emt. (18. 1), l. 16 de in diem (18. 2), l. 4

Der zweite Fall ist der unsrige[29]. Es dürfte nicht ungeeignet sein, seine Betrachtung durch eine interessante Parallele, die er auf dem Gebiete des Sachenrechts findet, einzuleiten. Dieselbe Erscheinung, die er rücksichtlich der Contractklage, repräsentirt letztere rücksichtlich der dinglichen Klage. Sowie die act. emti regelmäßig die Gültigkeit des Contracts erfordert, so die rei-vindicatio den Besitz in der Person des Beklagten. In zwei Fällen ist letztere bekanntlich von diesem Erforderniß entbunden: si dolo quis desiit possidere und si liti se obtulit, und hier nimmt sie ganz dieselbe Natur an, welche die act. emti in unserem Falle hat: die einer Schadensersatzklage[30]. Wie in unserem Falle der Kläger dem Beklagten gerade aus dem Nichtvorhandensein der Erfordernisse des Contracts einen Vorwurf macht, so auch hier, nur mit dem in der Verschiedenheit des contractlichen und außercontractlichen Verhältnisses begründeten Unterschied, daß dieser

IV. Jahrg. Bd. IV. S. 31.

---

pr. de leg. comm. (18. 3), l. 6 de resc. vend. (18. 5). Ob man auch den Fall hierher rechnen soll, wenn der Vertrag zwar von Anfang an gültig geschlossen, der Hauptzweck desselben aber später hinweggefallen, sei es durch Einfluß des Zufalls (l. 33 Loc. 19. 2 si fundus publicatus, tenearis ex emto, ut pretium restituas) oder durch vertragsmäßige Aufhebung des Contracts (l. 11 § 6 de act. emt. 19. 1, l. 2 Cod. de pact. int. 4. 54), darüber kann man streiten. Die Contractsklage ist auch hier auf etwas anderes, als auf Erfüllung gerichtet.

29) An sonstigen analogen Erscheinungen fehlt es im römischen Rechte nicht. Die act. emti im Fall der Nichtigkeit des Contracts ist nicht mehr und nicht weniger, als die act. mandati contraria in einem Fall, wo die directa wegen Mangels an Interesse in der Person des Mandanten undenkbar ist, nämlich beim mandatum qualificatum, oder die act. communi dividundo, auf Ersatz der Auslagen nach Verlust des Miteigenthums (l. 6 § 1, l. 11, l. 14 § 1 Comm. div. (10. 3), m. a. W. alle diese erst dem spätern Rechte angehörigen Fälle repräsentiren uns die Klage in ihrer Richtung auf sekundäre Zwecke unter Umständen, wo das Verhältniß selbst nach seinem Hauptzweck nicht zu Recht besteht.

30) In dem zweiten der beiden Fälle ging die Klage nach früherem Recht l. 45 de her. pet. (5. 3), l. 39 de dolo (4. 3) bloß auf Schadensersatz, nach neuerem l. 25—27 pr. de reiv. (6. 1) auch auf Strafe, in dem ersten Fall gewährt sie bald dies bald jenes l. 95 § 9 de solut. (46. 3).

IV. Jahrg. Bd. IV Vorwurf hier durch dolus bedingt ist. Die Aehnlichkeit in der Function beider Klagen ist namentlich in dem Fall si quis liti se obtulit eine ganz schlagende. Hier wie dort ist der Kläger dadurch S. 32. in Schaden gekommen, daß er durch Schuld des Beklagten zur fälschlichen Annahme des der Klage zu Grunde liegenden Verhältnisses und dadurch zu nachtheiligen Handlungen veranlaßt worden ist[31]).

Die bisherige Betrachtung hat uns gezeigt, daß die act. emti in ihrer Function als Schadensersatzklage bei Nichtigkeit des Contracts weder eine isolirt dastehende, noch eine unerklärliche Erscheinung ist, vielmehr, ihres seltsamen Gewandes entkleidet, nichts als den einfachen Satz enthält: der Abschluß eines Contracts erzeugt nicht bloß eine Verpflichtung auf Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgend eines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen ist, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz; der Ausdruck „Nichtigkeit" des Contracts bezeichnet nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkungen überhaupt.

Ist damit nun zwar die juristische Möglichkeit der contractlichen Schadensersatzklage nachgewiesen, so bedarf doch letztere noch nach manchen Seiten hin der nähern Erläuterung und Bestimmung. Vor Allem sind es zwei Fragen, welche der Beantwortung bedürfen: die, nach ihrem Grunde und nach ihrem Umfange. Worauf beruht sie? Beruht sie bloß auf einer willkürlichen gesetzlichen Bestimmung, oder läßt sie sich aus der Natur und dem innern Bedürfnisse des Contractsverhältnisses ableiten? Und sodann ist sie beschränkt auf die beiden Fälle der Quellen, oder ist sie auf andere ähnliche Fälle, z. B. Nichtigkeit des Contracts wegen Unfähigkeit der Person, wegen Irrthums u. s. w., auszudehnen?

---

31) Die eine der in der vorigen Note citirten Stellen, die l. 45 de her. pet., gebraucht geradezu dieselben Worte, wie Modestin und die Institutionen (S. 334) für unsere Klage: quanti ejus interfuit non decipi.

Was ist also der **Grund** oder das **legislative Motiv** IV. Jahrg. Bd. IV.
unserer Klage? Man könnte auf die Idee kommen, sie mit dem S. 33.
Schutz in Verbindung zu bringen, welchen das Recht dem bonae fidei possessor gewährt. Wie letzterer putativer Eigenthümer, so ist der Käufer in unserm Verhältniß putativer Contrahent. Bei beiden stellt sich ein in der Person ihres Autors vorhandenes Hinderniß der Entstehung des Rechts entgegen, aber beide wissen nicht um dieses Hinderniß, haben also den Glauben an die Existenz dieses Rechts. So wie nun das Recht in so manchen Verhältnissen 32) an diesen putativen Bestand desselben die oder wenigstens gewisse Wirkungen des objectiv bestehenden Verhältnisses geknüpft hat, so könnte man auch in unserer Klage nur einen Ausfluß dieses allgemeinen Gedankens des Schutzes putativer Verhältnisse erblicken. Daß das Gebiet des Obligationenrechts diesem Gedanken nicht unzugänglich ist, lehrt einmal die actio protutelae oder die Klage gegen den putativen Vormund und sodann die putative Zahlung, d. h. die liberirende Kraft, welche unter gewissen Voraussetzungen einer an den putativen statt an den wirklichen Gläubiger geleisteten Zahlung beigelegt ist 33). Gleichwohl müssen wir jene Idee entschieden zurückweisen. Denn die actio emti unseres putativen Käufers ist nicht der des wirklichen **nachgebildet** — sie würde es sein, wenn die S. 341 und 342 bekämpften Ideen der dort genannten Schriftsteller richtig wären — sondern es ist eine von derselben völlig verschiedene **Schadensersatzklage**, und sodann konnte der Gesetzgeber unmöglich den bloßen guten Glauben des Käufers zum Grunde nehmen, um dem Verkäufer, der ja nicht S. 34.
minder im guten Glauben sein kann, die Verpflichtung zum Schadensersatz aufzubürden. Die Maßregel läßt sich nur rechtfertigen, wenn zugleich ein Moment in der Person des **Verkäufers** sie

---

32) Putatives Eigenthum, putativer Usucapionstitel, putative jura in re aliena, putative Ehe, der liber bona fide serviens, putative Fähigkeit des zugezogenen Solennitätszeugen (l. 1. Cod. de test. 6. 23), der Beamten (3 de off. Praet. 1. 14) u. s. w.

33) l. 32, l. 34 § 3, l. 51 de solut. (46. 3) u. a.

IV. Jahrg. Bd. IV. motivirt. Auf Kosten Dritter wird der bonae fidei possessor nie geschützt, und bei bonae fidei possessio auf beiden Seiten geht der Beklagte vor.

Das legislative Motiv unserer Klage kann also nicht, wie es zufolge jener Idee geschehen müßte, in der bona fides des Käufers gesucht, die Klage mit der des wirklichen Käufers überhaupt gar nicht in Parallele gebracht werden. Wir müssen vielmehr uns daran halten, daß sie eine Schadensersatzklage ist, und demgemäß versuchen, ob dieser Gesichtspunkt uns das Verständniß derselben zu erschließen vermag. Die regelmäßige Voraussetzung der Verpflichtung zum Schadensersatz auf Seiten des Beklagten ist die Verschuldung. Gelingt es uns, bei unserer Klage letztere nachzuweisen, so ist damit die Frage nach dem Grunde unserer Klage gelöst.

Wenn das Gesetz den Verkäufer in den beiden uns bekannten Fällen zur Leistung des Schadensersatzes verpflichtet, so macht es ihm damit den Vorwurf: du hättest den Vertrag gar nicht abschließen sollen, denn du hättest das Hinderniß desselben kennen müssen, durch deine Unkenntniß ist der Gegner in Schaden gekommen. Nun läßt sich allerdings nicht verkennen, daß die Verhältnisse unter Umständen von der Art sein können, daß ihm dieses Hinderniß bei dem besten Willen verborgen bleiben durfte, so z. B. wenn der Verkauf eine legirte, außerhalb belegene und ihm nie zu Gesicht bekommene Sache betraf. Daß der Verkäufer auch in einem solchen Fall haften muß, ist nicht nur nach Maßgabe der Quellenäußerungen unzweifelhaft, sondern entspricht auch durchaus der Billigkeit. Denn wenn es sich einmal darum handelt, ob
S. 35. er oder der Käufer unter den Folgen seiner Unkenntniß leiden soll, so kann doch die Wahl nicht zweifelhaft sein. Allein darf man hier von einer culpa auf seiner Seite reden?

Ich zweifle nicht daran, daß ich mich, wenn ich diese Frage bejahe, auf Widerspruch gefaßt machen muß, und ich weiß nicht, ob es mir gelingen wird, denselben zum Schweigen zu bringen, gleichwohl bin ich persönlich fest überzeugt, daß ein römischer Jurist

keinen Anstand genommen haben würde, die Unkenntniß des Verkäufers schlechthin — ohne Rücksicht auf individuelle Umstände — als culpa zu bezeichnen. IV. Jahrg. Bd. IV.

Dieselbe Frage: ob das Nichtwissen schlechthin dem Verkäufer zur Last gelegt werden könne, wirft sich auch für die ädilitischen Klagen rücksichtlich der heimlichen Fehler und Mängel auf. Das Edict machte den Verkäufer bekanntlich schlechthin für letztere verantwortlich, ohne auf sein Wissen oder Nichtwissen Rücksicht zu nehmen. Diese Bestimmung sucht nun Ulpian in der l. 1 § 2 de aed. ed. (21. 1) damit zu rechtfertigen, daß der Verkäufer die Fehler hätte kennen sollen, und daß es dem Käufer gleich gelten könne, ob er durch Unwissenheit oder Verschlagenheit des Verkäufers in Schaden komme[34]. Er rechnet also dem Verkäufer die Unbekanntschaft mit dem Fehler schlechthin zur Last an, obgleich es ihm doch nicht entgehen konnte, daß dieselbe unter Umständen ebenso entschuldbar ist, wie im obigen Fall. Derselben Argumentation bedient er sich für die act. emti, wenn Abwesenheit der Fehler versprochen worden war:

> l. 13 § 3 de act. emti (19. 1) .. et putem teneri. Atquin ignoravit. Sed non debuit facile, quae ignorabat, asseverare. Inter hunc igitur et qui scit interest: qui scit, praemonere debuit furem esse; hic non debuit esse facilis ad temerariam indicationem. S. 36.

Das Nichtwissen des Verkäufers kann also immerhin vollkommen entschuldigt sein (man denke z. B. an den Fall, wenn der Verkäufer blind war); gleichwohl liegt in dem Verkaufen eine culpa; wer seiner Sache nicht völlig gewiß ist, soll nicht verkaufen: non debet esse facilis ad temerariam indicationem (venditionem). Daß es keinen Unterschied macht, ob die Eigen-

---

34) etiamsi ignoravit ... tamen teneri debere; Nec est hoc iniquum, potuit enim ea nota habere venditor, neque enim interest emtoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. Schulting, Not. 1 ad Dig. ad h. l. verweist auf Cicero de offic. III. 17: qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto Aedilium.

IV. Jahrg. Bd. IV. schaften ausdrücklich versprochen, oder, wie z. B. die juristische Fähigkeit des Objects, vermöge des Contractsabschlusses stillschweigend zugesichert wurden, bedarf nicht erst der Bemerkung.

Allein in jenen Stellen wird ja der Ausdruck culpa gar nicht gebraucht. Gewiß! Aber wenn der Jurist dem Verkäufer aus seiner Unkenntniß einen Vorwurf macht, wenn er ihm vorhält, er hätte die Mängel kennen können und müssen und damit seine Haftung motivirt, was ist dies anderes als der Vorwurf der culpa?

Man wird mir ferner einwenden: eine solche culpa, welche ohne Rücksicht auf die individuellen Umstände abstract bestimmt wird, ist nichts als eine fingirte culpa, eine praesumtio juris et de jure derselben. Ich räume nun gern ein, daß das Vorhandensein der culpa von den Römern allerdings regelmäßig individuell bestimmt wird, so daß also eine Handlung nicht schlechthin als culpose gilt, oder wenn auch präsumtiv als solche (wie z. B. daß man sich die Sache hat stehlen lassen), daß doch der Gegenbeweis der Schuldlosigkeit zugelassen wird. Allein andererseits fehlte es keineswegs an Beispielen, daß die römischen Juristen
S. 37. nach Art unseres Falls eine schlechthin aus der Natur des Verhältnisses abgeleitete, mithin von dem individuellen Verhalten des Schuldigen völlig unabhängige Haftung auf culpa desselben zurückführen.

Daß der Mandant, unabhängig von einer culpa auf seiner Seite, dem Mandatar den Schaden ersetzen muß, den er durch das aufgetragene Geschäft (nicht bloß bei Gelegenheit der Ausführung desselben) erlitten, ist ein Gebot der Billigkeit, das das römische Recht sowohl in concreten Entscheidungen als in abstracter Form ausdrücklich anerkennt[35]. Gleichwohl nimmt

35) Letzteres in l. 61 § 5 de furt. (47. 2): .. nemini officium suum damnosum esse debet, Jenes außer der dort gegebenen Entscheidung z. B. in l. 15 pr. de in rem vers. (15. 3), wonach der Mandant das vom Mandatar aufgeliehene und ohne seine Schuld verlorene Geld ersetzen muß, l. 8

Afrikan in der in der Note citirten l. 61 § 5 de furtis, in der er IV. Jahrg. Bd. IV.
dieses Prinzip selbst ausspricht, die culpa des Mandanten zu Hülfe. Das Mandat lautete auf Ankauf eines bestimmten Sklaven, und letzterer hatte den Mandatar bestohlen. Afrikan entscheidet nun: der Mandant müsse den Schaden ersetzen, auch wenn er die diebische Natur des Sklaven nicht gekannt habe, und motivirt diese Entscheidung theils damit, daß der Mandatar ohne das Mandat den Schaden nicht erlitten haben würde, theils mit der in der Note mitgetheilten Sentenz: nemini officium u. s. w. theils endlich damit:

> culpam eorum, quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere; nam certe mandantis culpam esse, qui talem servum emi sibi mandaverit.

Ob Afrikan wohl daran gethan, den Gesichtspunkt der culpa hineinzuziehen, gilt mir hier gleich; für meinen Zweck genügt es vollkommen, daß er dem Mandanten seine Unkenntniß schlechthin zur culpa anrechnet, ohne der individuellen Ermittelung derselben Raum zu gönnen [36]. Ist es aber schon eine culpa, wenn man die Eigenschaften einer fremden Sache nicht kennt, um wie viel mehr wird man dieselbe Unkenntniß bei dem Verkauf einer eigenen Sache als solche bezeichnen dürfen. S. 38.

Wer ohne Mitwissen seiner Gesellschafter eine dritte Person in die Gemeinschaft aufnimmt, haftet ihnen schlechthin für deren Handlungen [37], er trägt das periculum seiner Wahl. Einer

---

§ 8, l. 29 § 2 Mand. (17. 1). Aehnlich beim socius l. 52 § 4 l. 61 pro soc. (17. 2) und anderwärts z. B. l. 2 § 7 de her. vend. (18. 4).

36) Bei einiger Unbefangenheit sollte man doch nicht verkennen, wie Hasse, Culpa S. 402 (Aufl. 2) und Mommsen a. a. O. III S. 369 es thun, daß die culpa hier mit einem anderen, als dem gewöhnlichen Maßstabe gemessen wird, und daß, wenn letzterer hier zur Anwendung kommen sollte, die Entscheidung nach Befund der Umstände ganz anders ausfallen könnte. Wo bleibt denn die individuelle culpa, wenn der Mandant alle gedenkbaren Erkundigungen über den Sklaven eingezogen hat, aber dennoch getäuscht ist? Nach Afrikan's nam certe haftet er trotzdem.

37) l. 19—23 pro soc. (17. 2).

IV. Jahrg. Bd. IV. culpa in eligendo von seiner Seite bedarf es also zu dem Zwecke nicht; gleichwohl rechtfertigt Ulpian in der l. 23 pr. pro soc. diese Haftung durch den Gesichtspunkt der culpa: Quin difficile est negare culpa ipsius admissum, — was sich nicht so verstehen läßt, als ob schon der Abschluß der neuen Societät als solcher eine Pflichtverletzung enthalte; der Socius thut nichts, was er nicht thun dürfte — sondern nur so, daß er den ungünstigen Ausgang zu vertreten hat.

Bekanntlich hat man auch für die mora die Frage aufgeworfen, ob sie einen Anwendungsfall der culpa enthalte und ich S. 39. schließe mich der Ansicht derer an, welche sie bejahen [38]. Bei der mora können sich aber die Verhältnisse ganz in derselben Weise gestalten, wie in unserm Fall. Es verspricht Jemand eine Sache zu einem bestimmten Termin zu leisten, deren Verschaffung voraussichtlichermaßen nicht die geringsten Schwierigkeiten machen konnte, z. B. einen Artikel, den jeder Kaufmann des Orts zu führen pflegt, der jedoch wider Erwarten überall ausgegangen ist. Die culpa des Versprechenden liegt hier nicht darin, daß er sich den Artikel nicht verschafft hat — er hat Alles gethan, was in seinen Kräften stand — wohl aber darin, daß er einen Contract abschloß, ohne seiner Sache sicher zu sein. Und eben dieser Vorwurf ist es auch, den wir dem Verkäufer einer res extra commercium machen, und den er mit dem Einwande, daß die Umstände ihm keinen Anlaß darboten, die juristische Fähigkeit des Objects zu bezweifeln, nicht zurückweisen kann.

Hieraus ergibt sich zugleich, daß der Unterschied zwischen Entschuldbarkeit und Unentschuldbarkeit des Irrthums hier nicht

---

38) von Vangerow, Lehrbuch der Pandekten III § 588 Anm. 1. Die entgegengesetzte Ansicht steift sich, so weit ich sehe, nur auf das Wort culpa. Man kann ihr zugeben, daß die Römer den Ausdruck culpa hier nicht gebrauchen, da sie den spezielleren der mora hatten, allein wie man in Abrede stellen kann, daß die mora sachlich einen, wenn auch eigenthümlich gestalteten Anwendungsfall der culpa enthalte, vermag ich nicht abzusehen.

Platz greift, jeder derartige Irrthum ist ein unentschuldbarer 39); wer etwas verspricht, soll sich nicht irren, er irrt sich auf eigne, nicht auf Kosten der Gegenpartei. IV. Jahrg. Bd. IV.

Läßt es sich nun dem Bisherigen nach schwerlich bestreiten, daß wir die Haftung des Verkäufers in unserm Verhältniß auf den Gesichtspunkt der culpa zurückführen dürfen, so kann man mir doch den Einwand machen: wozu ist dies nöthig, warum nicht einfach bei der Fassung stehen bleiben: der Verkäufer haftet für die Fähigkeit des Objects, fehlt es daran, so hat er den Schaden zu ersetzen? Jene culpa, so könnte es scheinen, ist nur ein anderer Ausdruck für die gesetzliche Haftungspflicht des Verkäufers; da sie überall angenommen werden soll, wo letztere eintritt, so hat ihre Annahme oder Nichtannahme gar kein, wenigstens kein praktisches Interesse. S. 40.

Allein dies ist nur Schein. Zunächst nämlich knüpft sich an diesen Gesichtspunkt der culpa das Interesse der juristischen Rechtfertigung und Erklärung der Schadensersatzverbindlichkeit des Verkäufers. Ohne diesen Gesichtspunkt erscheint sie als eine, wenn auch durch die Anforderungen der Billigkeit dictirte, so doch völlig isolirte positive Bestimmung; mit diesem Gesichtspunkte ordnet sie sich einem allgemeinen Gesetz der Contractstheorie unter: dem, daß jeder Theil dem andern für den ihm durch seine culpa zugefügten Schaden aufkommen muß. Ohne diesen Gesichtspunkt ist sie eine Schadensersatzklage, welche keine Verschuldung auf der andern Seite erfordert; mit diesem Gesichtspunkte vermeidet sie diese

39) l. 19 § 1 Loc. (19. 2) .. nec. ignorantia ejus erit excusata. Die Stelle behandelt den Fall, wenn Jemand schadhafte Weinfässer vermiethet, und sie verpflichtet den Vermiether schlechthin für den Schaden einzustehen. Es bedarf aber wohl nicht des Nachweises, daß seine Unkenntniß dieser Schadhaftigkeit völlig entschuldbar sein kann, so z. B. wenn bei Anfertigung der Fässer von Seiten des Fabrikanten ein Versehen vorgefallen war, das der Käufer von außen gar nicht wahrnehmen konnte. Ebenso im Fall der l. 13 § 6 ibid., wenn die Kleider an eine Person abgegeben sind, die dem Ueberbringer zum Verwechseln ähnlich sah.

IV. Jahrg. Bd. IV. Singularität und gewinnt sie den normalen Charakter einer jeden Schadensersatzklage.

Das zweite Interesse, das sich mit dem Gesichtspunkt der culpa verbindet, führt uns zugleich auf unsere oben (S. 354) aufgeworfene *zweite* Frage, es ist nämlich die der Möglichkeit einer Ausdehnung unserer Klage auf verwandte Fälle, oder richtiger die der *prinzipiellen Verallgemeinerung* derselben. Ein allgemeines Prinzip für unsere Klage ist nur mittelst der culpa zu gewinnen. Nehmen wir letztere nicht zu Hülfe, so müssen wir bei
S. 41. den beiden Fällen der Quellen stehen bleiben, wie dies denn in der That auch bisher geschehen ist. Es fehlt hier an der Brücke, um von den zwei Fällen der Quellen zu den vielen andern zu gelangen, in denen das Bedürfniß einer Schadensersatzklage in nicht geringerem Maße vorhanden ist. Oder worin läge der *juristische* Rechtfertigungsgrund (ich meine nicht den legislativ-politischen), um, was die Quellen in jenen beiden Fällen bestimmen, auch z. B. im Fall eines sonstigen Irrthums eintreten zu lassen?

Es soll im Folgenden der Versuch gemacht werden, den bisher lediglich in Anwendung auf die beiden quellenmäßigen Fälle entwickelten Begriff der culpa in contrahendo in der ihm zukommenden Allgemeinheit festzustellen und zu begründen.

Stützen wir einmal die Verbindlichkeit des Verkäufers zum Schadensersatz in jenen beiden Fällen auf eine culpa desselben, so knüpft sich daran unabweisbar die Nöthigung, in allen Fällen, wo eine gleiche culpa eintritt, auch eine gleiche Wirkung eintreten zu lassen. Es ist nicht abzusehen, warum die culpa gerade an die concrete Form, in der sie dort auftritt, gebunden sein müßte. Was für die nicht existirende *Erbschaft* gilt, muß dasselbe nicht auch für eine nicht existirende Forderung, Sache u. s. w., was für die res extra commercium, nicht auch für eine Sache, rücksichtlich deren ein Veräußerungsverbot bestand, was für den Verkäufer, nicht auch für den Käufer, was für den Kaufcontract, nicht auch für den Miethcontract, das Mandat u. s. w. gelten? Entkleiden wir in jenen beiden Fällen die culpa ihrer concret-zu-

fälligen Form, so besteht dieselbe darin, daß der Verkäufer contrahirt, ohne die Erfordernisse der Gültigkeit des Vertrages in seiner Person prästiren zu können, und durch den falschen Schein des Contracts den andern Theil irre führt. Wer contrahirt, tritt damit aus dem rein negativen Pflichtenkreis des außercontractlichen Verkehrs in den positiven der Contractssphäre, von dem Gebiete der bloßen culpa in faciendo auf das der culpa in non faciendo, der positiven diligentia, und die erste und allgemeinste Verpflichtung, die er damit übernimmt, ist die: beim Contrahiren selbst bereits die nöthige diligentia aufzuwenden. Nicht bloß die bestehenden, sondern bereits die entstehenden Contractsverhältnisse müssen unter dem Schutz der Regeln über die culpa stehen [40]), wenn nicht der contractliche Verkehr nach dieser Seite hin empfindlichster Weise bloß gestellt, jeder Contrahent der Gefahr preisgegeben werden soll, das Opfer fremder Nachlässigkeit zu werden. Um ihn dagegen zu sichern, braucht man ihm nicht zuzumuthen, sich die Abwesenheit der culpa oder spezieller das Vorhandensein der Erfordernisse des Contracts ausdrücklich garantiren zu lassen, das Gesetz kann und soll ihn dieser Mühe überheben, indem es in das Contrahiren selbst die stillschweigende Uebernahme dieser Garantie verlegt. In außercontractlichen Verhältnissen kann Niemand von dem Andern die Garantie für die Zuverlässigkeit und Wahrheit seiner Aeußerungen und Mittheilungen verlangen, das Recht schützt ihn nur gegen dolus, nicht gegen culpa, und er hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn er durch blindes Vertrauen auf Aussagen Dritter in Schaden kömmt, denn er mußte die unverbindliche Kraft derselben kennen. Dagegen im contractlichen Verkehr, wo ja gerade diese Aeußerungen eine verbindliche Kraft erlangen sollen, darf er die Prüfung, ob dieselben auf gutem Grunde beruhen, vom Gegner er-

IV. Jahrg. Bd. IV. S. 42.

40) Einen Ausfluß dieses Prinzips erblicke ich in dem bekannten Satz: quotiens per eum, cujus interest conditionem non impleri, fit quominus impleatur, perinde habetur ac si impleta conditio fuisset. Vor Erfüllung der Bedingung ist der Vertrag erst im Entstehen begriffen.

IV. Jahrg. Bd. IV. warten; er selbst ist regelmäßig gar nicht in der Lage, sie vor-
S. 43. nehmen zu können. Indem der Andere den Contract mit ihm abschließt, garantirt er ihm damit das günstige Resultat dieser seiner Prüfung, und wie er aus diesem Grunde mittelst Leistung des positiven Vertragsinteresses für dicta promissa, Eviction u. s. w., kurz für seine Zusicherungen aufkommen muß, wenn der Vertrag zur Perfection gelangt ist, so muß er es auch mittelst Leistung des negativen Vertragsinteresses, wenn der in seiner Person vorhandene, von ihm selbst nicht wahrgenommene Mangel die Nichtigkeit des Contracts verschuldet und mittelbar den andern Theil in Schaden gebracht hat. Ob er ihn mit Worten oder durch die That versichert, daß er in der Lage sei, diesen bestimmten Contract abzuschließen, kann keinen Unterschied machen, diese Versicherung liegt im Contrahiren selber.

Der erste Schritt zum Contract ist die Offerte. Beginnt die Verpflichtung zur diligentia in contrahendo bereits mit ihr? Gewiß; allein, so lange nicht die Offerte acceptirt ist, kann sie kein Unheil anstiften; wird sie also vor der Acceptation widerrufen, so ist, auch wenn der andere Theil dadurch in Schaden gekommen, ein Schadensersatzanspruch nicht begründet. Diesen Schaden hat letzterer selbst verschuldet. Wer unvorsichtig genug ist, aus Anlaß einer Offerte, anstatt dieselbe vorher zu acceptiren, bereits zu handeln, Maßregeln zur Ausführung des Contracts zu machen, darauf hin mit Dritten zu contrahiren u. s. w., ist selbst in culpa, denn er mußte auf die Möglichkeit des Widerrufs der Offerte bis zum Moment ihrer Acceptation gefaßt sein. Erst mit diesem Momente ist er berechtigt, auf die Basis des sei es wirklich oder nur scheinbar zu Stande gekommenen Vertrages weiter fortzubauen, und wenn die Maßnahmen, die er zu dem Zweck getroffen, ihm durch eine zwar zeitig erfolgte, aber ihm nicht zeitig bekannt gewordene Zurücknahme der Offerte vereitelt sind, so darf er die nachtheiligen Folgen dem Gegner überweisen, der ihn zu
S. 44. diesen Handlungen aufgefordert hat. Das Weitere kann erst unten (S. 405) folgen.

Ich habe oben gesagt, daß der Verkehr den Grundsatz der IV. Jahrg. Bd. IV. culpa in contrahendo gar nicht entbehren könne, und ich hoffe das Gewicht meiner theoretischen Ausführungen nicht unbeträchtlich zu verstärken, indem ich nachweise, wie jener Grundsatz — freilich in unbewußter Weise, aber dadurch für meinen Zweck nur um so schlagender — in einer Reihe einzelner Fälle sowohl in der gemeinrechtlichen Doctrin als von neueren Gesetzgebungen zur Anwendung gebracht worden ist. Auf jenem Gebiet ist die Nothwendigkeit der Schadensersatzklage freilich nur in den beiden oben (Note 3 u. 6) namhaft gemachten Fällen anerkannt worden[41]), von den neueren Gesetzgebungen aber haben mir nur das allgemeine preußische Landrecht und das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, insbesondere ersteres eine ganz überraschende Bestätigung meiner Ideen gewährt, während ich im französischen Recht nichts habe finden können, woran jedoch muthmaßlich nur meine eigne Unkenntniß desselben die Schuld trägt. Nach dem Vorgang des römischen Rechts zu schließen, versprach ich mir von beiden genannten Gesetzbüchern kaum eine Ausbeute, allein mein Versuch fiel glänzender aus, als ich erwartet hatte. Aus dem folgenden Abschnitt wird der Leser ersehen, daß ich die Erfordernisse des Contracts, deren Mangel nach meiner Theorie die culpa in contrahendo begründet, auf drei Punkte zurückführe: Fähigkeit des Subjects, Objects und Zuverlässigkeit des Willens. Ich will das Material, das jene Gesetzbücher[42]) mir darbieten, S. 45. nach diesen drei Rücksichten zusammenstellen:

---

41) In Seuffert's Archiv für Entscheidungen oberster Gerichtshöfe findet sich außer über den Fall des Widerrufs der Offerte unter Abwesenden nichts.

42) Ueber das österreichische Recht stand mir außer dem noch nicht bis zum Obligationenrecht vorgerückten österr. Privatrecht von Unger nur der Commentar von Zeiller zu Gebote — ein Commentar, der wie so manche spricht, wo er schweigen, und schweigt, wo er sprechen sollte. Fachgenossen aus den Ländern der drei genannten Rechte, denen diese Abhandlung zu Gesicht kommen sollte, würden mich durch bezügliche Mittheilungen aus der Theorie und Praxis ihrer Rechtsgebiete im hohen Grade verpflichten, und

IV. Jahrg. Bd. IV.

1) Fähigkeit des Subjects.

A. L. R. I 5 § 33.

Wer aber nach gehörig angestellter Erkundigung dennoch von einem Unfähigen zur Schließung eines Vertrages verleitet worden, kann aus dem Vermögen desselben Schadloshaltung fordern.

§ 36. Wer seiner Unfähigkeit sich bewußt, einen Andern zur Schließung eines Vertrages verleitet hat, soll als ein Betrüger bestraft werden.

Der letztere § spricht von dolus, es könnte also scheinen, als ob auch der erstere nur diesen Fall (also die act. doli) im Auge habe. Allein daß der Ausdruck „verleiten" in § 33 nicht bloß auf dolus zu beziehen, vielmehr mit „veranlassen" gleichbedeutend ist, geht daraus hervor, daß § 36 durch die ausdrückliche Hervorhebung des Bewußtseins der Unfähigkeit auch den Fall einer „Verleitung" ohne ein solches Bewußtsein als möglich anerkennt. In dem Hauptfall, den das Gesetz im Auge hat, dem der Unfähigkeit bevormundeter Personen wird zwar regelmäßig das Bewußtsein der Unfähigkeit vorhanden sein[43]), allein es lassen sich doch
S. 46. Fälle des Gegentheils denken[44]), so daß also nach preuß. Recht

würde ich dieselben später in einem eignen Nachtrage zu dieser Abhandlung veröffentlichen.

43) Bei Personen unter 18 Jahren wird nach § 34 ibid. der Gegner mit der Behauptung der Unkenntniß ihres minderjährigen Alters gar nicht gehört.

44) So z. B. nach römischem Recht, wenn der Minderjährige über das wirkliche Alter irrte l. 4 Cod. si minor (4. 43), nach preuß. Recht, dem zufolge die cura furiosi nicht ipso jure aufhört (§ 815—820), wenn der völlig genesene Geisteskranke in der Meinung, daß er mit der natürlichen auch die juristische Handlungsfähigkeit zurückerlangt habe, einen Contract abschließt, und selbst beim Minderjährigen über 18 Jahre wird man nicht schlechthin darum, weil er seine Unfähigkeit kennen mußte, das Bewußtsein derselben annehmen dürfen. Nach französischem Recht schließt nicht einmal die Erklärung des Minderjährigen, daß er volljährig sei, die rest. in integrum aus, es bedarf vielmehr dazu „besonderer Vorspiegelungen oder

der Schadensersatzanspruch auch im Fall der culpa begründet ist[45]). IV. Jahrg. Bd. IV.

Eine spezielle Entscheidung enthält das Gesetzbuch noch über den Fall, wenn ein Haussohn sich für einen homo suis juris ausgegeben.

A. L. R. II 2 § 135.

Doch kann der Gläubiger, der von einem solchen Schuldner ohne sein eigenes mäßiges Versehen wirklich hintergangen worden, aus desselben Vermögen nach allgemeinen gesetzlichen Vorschriften Schadloshaltung fordern.

Der Ausdruck „hintergangen" zeigt jedoch, daß hier an dolus gedacht ist.

Das österreichische Recht beschränkt den Ersatzanspruch ausdrücklich auf die Voraussetzung des dolus.

A. B. G. B. § 866.

Wer listiger Weise vorgibt, daß er Verträge zu schließen fähig sei, und dadurch einen Andern, der darüber nicht leicht S. 47. Erkundigung einholen kann, hintergeht, ist zur Genugthuung verpflichtet.

§ 248. Ein Minderjähriger, welcher sich nach zurückgelegtem zwanzigsten Jahr bei einem Geschäft für großjährig ausgibt, ist für allen Schaden verantwortlich, wenn der andere Theil vor Abschließung des Geschäfts nicht wohl erst Erkundigung über die Wahrheit des Vorgebens einholen konnte[46]).

Täuschungsmittel." K. S. Zachariä, Handb. des franz. Civilr. II S. 319 (Aufl. 5).

45) Bornemann, System. Darstellung des preuß. Civilr. I § 13 (Aufl. 2 Sp. 5) nimmt das Gegentheil an, aber auf einen Grund hin: „Da ein Contractsverhältniß niemals existirt, wenn mit einem Unfähigen verhandelt worden, so kann die Entschädigung immer nur ex delicto gefordert werden," den ich durch diese Abhandlung widerlegt zu haben hoffe.

46) Nach dem Sprachgebrauch des Gesetzbuches (§ 1323 Schadloshaltung und Genugthuung) ist im ersten § das Erfüllungsinteresse, im zweiten das negative gemeint.

IV. Jahrg. Bd. IV.

2) Fähigkeit des Objects.

A. L. R. I 5 § 53.

War die bedingte Unmöglichkeit nur demjenigen bekannt, der zu der unmöglichen Handlung oder Leistung sich verpflichtete, so muß er den andern Theil vollständig entschädigen.

Dasselbe, was dieser § für unmögliche Handlungen bestimmt, soll nach § 67 für Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, gelten.

Ob hier mit der „vollständigen Entschädigung" das positive oder negative Interesse gemeint ist, darüber läßt sich streiten[47]), im ersteren Fall würde die Klage gar nicht hierher gehören, im zweiten aber, da das Gesetz sie nur im Fall der Wissenschaft des Beklagten gewährt, ungleich beschränkter sein, als im römischen Recht[48]).

S. 48. Dagegen erkennt das österreichische Recht eine Klage auch im Fall verschuldeter Unwissenheit an.

A. B. G. B. § 878.

Was nicht geleistet werden kann, was geradezu unmöglich oder unerlaubt ist, kann kein Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. Wer einen Andern durch dergleichen Zusagen täuschet[49]), wer ihn aus schuldbarer Unwissenheit

47) Koch, Preuß. Privatrecht I S. 228, 229 nimmt ersteres an, Bornemann II S. 234, 235 letzteres.

48) Bornemann II S. 234 ist jedoch der Ansicht, daß, obschon das Gesetz im Fall, daß die bedingte Unmöglichkeit beiden Theilen unbekannt war, einen Anspruch auf Entschädigung nicht ausdrücklich zugestehe, doch „aus den allgemeinen Grundsätzen über die Vertretung des Versehens bei Abschließung von Verträgen folge, daß auch in diesem Fall der, welcher allein oder überwiegend in culpa sei, den andern entschädigen müsse."

49) Daß das Gesetz hier nur den Fall des äußerlich erfolgten Abschlusses des Geschäfts im Auge hat, braucht wohl nicht erst bemerkt zu werden. Es charakterisirt den juristischen Höhenpunkt des Zeiller'schen Werks, wenn der Verfasser zu diesem § bemerkt: „Wer den Andern durch falsche Angaben (z. B. daß das ihm angebotene Gewerbe verkäuflich sei [!])

verkürzt oder aus dessen Schaden einen Nutzen zieht, IV. Jahrg. Bd. IV.
bleibt dafür verantwortlich.

3) Zuverlässigkeit der Mittheilung des Willens.

Von den vielen hierher gehörigen Fällen habe ich bloß zwei erwähnt gefunden, nämlich den der Rücknahme einer Offerte,

A. L. R. I 5 § 105.

Hat er dieses (die rechtzeitige Anzeige des Rücktritts, wo derselbe gesetzlich erlaubt ist. § 90 fl. u. 103 u. 104) unterlassen, und es findet sich in der Folge, daß der Andere seine Annahme wirklich zur rechten Zeit erklärt habe, so muß er demselben für den Schaden, welcher aus den zur Erfüllung S. 49. des Vertrages gemachten Anstalten in der Zwischenzeit erwachsen ist, gerecht werden[50]) und den des Irrthums[51]).

A. L. R. I 4 § 79.

Ist jedoch derselbe (der Erklärende) durch eignes grobes oder mäßiges Versehen in den Irrthum gerathen, und der Andere hat nicht gewußt, daß der Erklärende sich irre, so ist der Er-

---

täuscht, er sei Paciscent oder ein Dritter (Unterhändler) leistet Genugthuung!" Das Gesetz spricht von „Zusagen," der Commentator, um doch wenigstens einen andern Ausdruck zu gebrauchen, von „Angaben," ohne zu ahnen, wie weit er sich damit vom Inhalt des Gesetzes entfernt.

50) Dazu Koch II S. 168 und namentlich Bornemann II S. 247. Das österreichische Recht, welches ebenfalls die Rücknahme der Offerte vor Ablauf der in § 862 festgesetzten Zeit ausschließt, äußert sich über diesen Punkt nicht, jedoch bemerkt Zeiller zu diesem §: „Seltene Ereignungen und Verzögerungen, wodurch der eine oder andere Theil ungeachtet der Vorsorge des Gesetzes zu Schaden kommen kann, müssen nach dem im Hauptstücke vom Recht des Schadensersatzes über das Verschulden und den Zufall aufgestellten Vorschriften beurtheilt werden."

51) Koch I S. 220, Bornemann I S. 144, namentlich die dort in der Note 2 mitgetheilte Bemerkung von Suarez: „aber das folgt daraus, daß ein solcher Irrender den andern Theil indemnisiren muß, der den Irrthum nicht gewußt und auf seine Willenserklärung sich verlassen und seine Maßregeln darnach genommen hat" — ein interessantes Zeugniß für den gesunden Sinn und die geistige Unabhängigkeit desselben gegenüber dem römischen Recht.

IV. Jahrg. Bd. IV. klärende zum Ersatz des durch seine Schuld entstandenen Schadens verpflichtet.

Unter den hierher gehörigen Fällen werde ich unten noch den der Undeutlichkeit des Ausdruckes aufführen; über diesen Fall enthält das österreichische Recht zwar eine ausdrückliche Bestimmung:

A. B. G. B. § 869.

Wer sich, um einen Andern zu bevortheilen, undeutlicher Ausdrücke bedient oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.

allein da das Gesetz Absicht erfordert, so ist hier die act. doli, nicht unsere Klage gemeint.

S. 50. Dagegen kennt, zwar nicht das Gesetzbuch, aber doch die Doctrin des preußischen Rechts noch einen andern Anwendungsfall unseres Prinzips. Auslobungen („Prämien") sind nach dem A. P. L. R. I 11 § 988, in so weit sie „nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen" betreffen, klagbar, und soll der Auslobende die Prämie vor Ablauf der bestimmten Zeit nicht zurücknehmen. Damit verträgt es sich nun freilich nicht, wenn man denselben mit Koch[52]) für den Fall der erfolgenden Rücknahme verpflichtet, „Alle, welche die Lösung bereits unternommen hatten, für die aufgewendete Mühe und Kosten zu entschädigen" — denn diese Rücknahme soll nach dem Gesetz völlig unstatthaft sein — wohl aber kann man unsere Klage mit Bornemann[53]) in einem Fall zur Anwendung bringen, den das Gesetz gar nicht berührt, und auf den man das Verbot der Rücknahme zu erstrecken für ungeeignet gehalten hat, nämlich wenn auf Entdeckung eines Verbrechens, Auffindung einer Sache u. s. w. eine Belohnung ausgesetzt ist. Dieser Schriftsteller fügt außerdem noch einen auf dasselbe Verhältniß bezüglichen Anwen-

---

52) A. a. O. II S. 460. Diese Ansicht war, wie Bornemann III S. 193 referirt, im zweiten Entwurf wirklich angenommen und m. E. verdient sie den Vorzug, allein im A. L.-R. kehrte man zur Bestimmung des ersten Entwurfs zurück.

53) III § 206 (Aufl. 2 S. 194).

dungsfall hinzu, nämlich den, wenn der Promittent, nachdem IV. Jahrg. Bd. IV.
die öffentliche Aufforderung ihren Zweck bereits erreicht hat, es versäumt, dies öffentlich bekannt zu machen.

Wenn nun nach diesen einzelnen Anwendungsfällen unserer Klage das preußische Gesetzbuch schließlich den Satz aufstellt:

A. L. R. I 5 § 284.

Was wegen des bei Erfüllung des Vertrages zu vertretenden S. 51.
Grades der Schuld Rechtens ist, gilt auch für den Fall, wenn einer der Contrahenten bei Abschließung des Vertrages die ihm obliegenden Pflichten vernachlässigt hat,

so möchte man kaum eine klarere Anerkennung meiner culpa in contrahendo denken können, als sie hier ausgesprochen ist. So weit ich beurtheilen kann[54]), hat die preußische Jurisprudenz sich diesen so höchst wichtigen Paragraphen, der unsere ganze Lehre in sich schließt, und der mir, wenn er sich in den römischen Rechtsquellen vorfände, alle meine Deductionen erspart hätte, so gut wie entgehen lassen. Ob die Verfasser des Landrechts sich der Tragweite desselben bewußt gewesen sind, lasse ich gern dahingestellt, aber da hier nicht Muthmaßungen entscheiden, sondern der Inhalt, wie er mit klaren Worten im Gesetz ausgesprochen ist, so kann die Befugniß, den Ausspruch in seinem vollen Umfange zu verstehen, nicht beanstandet werden.

Wenn es ein Prüfstein für den praktischen Werth einer Theorie ist, daß sie, ganz ihre eignen Wege gehend, im Resultat mit der Gesetzgebung zusammentrifft, und daß es ihr gelingt, die sporadischen Bestimmungen, die letztere nicht bloß unabhängig, sondern im scheinbaren Widerspruch mit der herrschenden Lehre, lediglich durch das praktische Bedürfniß geleitet, getroffen hat, auf ein höchstes Prinzip zurückzuführen und theoretisch zu rechtfertigen — dann, meine ich, hat die meinige diese Probe bestanden, und ihre praktische Berechtigung dürfte nicht mehr in

---

54) Außer den bisher benutzten beiden Werken stand mir nur noch der Commentar von Bielitz zu Gebote.

IV. Jahrg. Bd. IV. Zweifel gezogen werden. Ob ihr die *theoretische Berechtigung* vom Standpunkt des römischen Rechts aus streitig
S. 52. gemacht werden kann, muß die Zukunft lehren; ich selbst, der ich sie seit Jahren mit mir herumgetragen und gepflegt und mich ganz in sie hineingelebt habe, bin aufs vollkommenste von ihrer Richtigkeit überzeugt und höchstens darüber zweifelhaft, ob ich nicht bei Anwendung meiner Theorie auf die einzelnen Fälle (III) hie und da zu weit gegangen bin. Wer freilich den Beruf der Jurisprudenz in nichts Anderem findet, als mit Hülfe der hermeneutischen Leuchte dunkle Gesetzesstellen zu erklären, möge immerhin meine ganze Theorie mit dem einfachen Einwande abthun, daß der Ausdruck culpa in contrahendo im ganzen corpus juris nicht vorkomme.

Auf der im Bisherigen gewonnenen Grundlage weiter fortbauend, will ich jetzt mit dem Begriff der culpa in contrahendo als einem gegebenen operiren und seine Consequenzen entwickeln. Ich fasse zu dem Ende meine Theorie in den Satz zusammen:

> *Das Gebot der contractlichen diligentia gilt wie für gewordene, so auch für werdende Contractsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier, wie dort die Contractsklage auf Schadensersatz.*

Die culpa in contrahendo ist nichts, als die contractliche culpa in einer besonderen *Richtung*. Daraus ergeben sich folgende Consequenzen:

1) rücksichtlich *ihrer systematischen Stellung*. Sie findet ihren rechten Platz bei der Lehre von der culpa in Contractsverhältnissen, bei der Lehre vom Abschluß der Contracte ist höchstens auf sie zu verweisen.

2) rücksichtlich des *Grades* der zu prästirenden culpa. Derselbe Grad, der während der *Dauer* des Contractsverhält-
S. 53. nisses zu prästiren ist, ist es auch bei der *Begründung*, denn dieselben der Natur des bestimmten Contracts entlehnten Gründe, welche dort über denselben entscheiden, bestehen auch hier.

3) rücksichtlich der Personen, welche die culpa zu prästiren haben. Es sind dies lediglich die Contrahenten selbst, nicht dritte Personen, welche beim Abschluß des Contracts mitwirken, und erstere auch nur unter der Voraussetzung, daß ihnen eine culpa dieser bestimmten Art zugerechnet werden kann (S. 379). IV. Jahrg. Bd. IV.

Ich nehme damit die früher in der Abhandlung III (S. 128 bis 130) von mir geäußerte Ansicht, der zufolge der Bote aus seinem Versehen in der Bestellung des Auftrages hafte, zurück. Während ich damals die Haftung dessen, der sich seiner bedient, nicht zu deduciren wußte und im Gefühl, daß nothwendigerweise eine von beiden Personen haften müsse, mich für den scheinbar allein schuldigen Boten entschied, befinde ich mich jetzt in der entgegengesetzten Lage: die Haftung des Absenders vermag ich zu deduciren (s. III, 3), die des Boten nicht[55]. Letzterer tritt mit dem Empfänger der Bestellung in gar kein obligatorisches Verhältniß, man müßte also, um diesem gegen ihn eine Schadensersatzklage zu geben, die culpa im außercontractlichen Verkehr schlechthin als Obligationsgrund gelten lassen, wogegen ich oben (S. 336) schon das Nöthige bemerkt habe. Daß der Bote dem Absender haftet, bedarf nicht der Bemerkung.

Die Anwendung des Gesagten auf den Stellvertreter bestimmt sich darnach, in wie weit man denselben noch nach heutigem Recht als Contrahenten behandeln will. In so weit er letzteres ist, haftet er, wie aus dem Contract überhaupt, so auch S. 54.
für culpa in contrahendo, namentlich also der Ersatzmann d. h. der zwar für einen Andern, aber im eignen Namen contrahirt. Da der dem letzten gegebene Auftrag für ihn nur die Bedeutung eines Motivs zum Contrahiren hat, so fällt sein Irrthum über den Inhalt des Auftrags unter den Gesichtspunkt des Irrthumes in den Motiven, der Vertrag ist also, obschon er ihn in ganz anderer Weise ausgeführt hat, als ihm auf-

55) Ueber den Versuch von Thöl ist oben S. 330 bereits das Erforderliche gesagt.

IV. Jahrg. Bd. IV. getragen, für ihn bindend. Es ist nichts Anderes, als ob Jemand für sich selbst einen Contract abgeschlossen hat, zu dem er durch falsche Voraussetzungen veranlaßt worden ist. Der Ersatzmann, welcher statt der ihm vom Mandanten aufgetragenen 1/4 Kiste Cigarren 4 Kisten kauft, weil er ihn so glaubt verstanden zu haben, *will* vom Verkäufer in der That 4 Kisten, es besteht kein Zwiespalt zwischen dem Inhalt und der Aeußerung des Willens, der Vertrag ist also nicht wegen wesentlichen Irrthums nichtig, der andere Contrahent kann mithin Erfüllung, nicht bloß Schadensersatz verlangen. Wenn dagegen der Ersatzmann etwas Anderes sagt, als er sagen wollte, sich z. B. in der Zahl oder Adresse verschreibt, so haftet er, wie jeder Contrahent, bloß auf Schadensersatz wegen culpa in contrahendo.

Die rechtliche Stellung des Stellvertreters im eigentlichen Sinn, d. h. der Mittelsperson, welche, ohne, wie der Bote, bloßes Instrument für eine fremde Willensmittheilung zu sein, selbständig *im fremden Namen* contrahirt, z. B. die Wohnung, die er miethen soll, selbst aussucht und den Preis accordirt, deren Stellung zu bestimmen ist nicht dieses Orts. Ist man der Ansicht, daß er selbst *contrahirt*, so gelten für ihn die Grundsätze über contractliche culpa; ist man der Ansicht, daß er bloß den (durch ihn nur individuell bestimmten) Willen des Mandanten
S. 55. *mittheilt*, so ist letzterer der Contrahent, und der Stellvertreter nimmt die rechtliche Stellung des Boten ein, haftet also dem Dritten nicht für culpose Ueberschreitung des Auftrages [56]).

Die prozessualische Form der Geltendmachung des Anspruchs wegen culpa in contrahendo ist die *Contractsklage*. Daraus ergeben sich folgende Consequenzen:

1) wo *die Contractsklage* überhaupt nicht oder wegen culpa *nicht möglich*, ist sie es auch in dieser Anwendung nicht.

---

56) Das Handelsgesetzbuch Art. 55 gibt gegen den Handelsbevollmächtigten, welcher bei Abschluß des Geschäfts seine Vollmacht überschreitet, dem Gegner nach seiner Wahl eine Klage auf Schadensersatz oder Erfüllung.

So also bei Geschäften, welche nicht *Contracte* sind, z. B. der Tradition als solcher, der Bestellung von Servituten, so bei Schenkungen und Legaten, obschon sie eine persönliche Klage erzeugen. So ferner bei den Contracten, welche nach römischem Recht die Möglichkeit einer culpa ausschließen, wie das Darlehn, oder nur den einen Theil verpflichten, wie die Stipulation. Dagegen ist bei einem einseitigen Contract auf Seiten des Gläubigers ein Anspruch wegen culpa in contrahendo des andern Theils denkbar, wofür im folgenden Abschnitt Beispiele beigebracht werden sollen. IV. Jahrg. Bd. IV.

Es scheint hieraus ferner zu folgen, daß Personen, welche aus ihren Verträgen nicht auf *Erfüllung* belangt werden können, nämlich die bevormundeten, es auch nicht auf Schadensersatz können, da ja die *Contractsklage* gegen sie rechtlich überhaupt nicht stattfindet. Ob der Schluß ein berechtigter, soll unten (III 1) untersucht werden.

2) Der Anspruch geht mit der Contractsklage auf beiden Seiten auf die *Erben* über.

3) Die *Verjährung* desselben bestimmt sich nach der der Contractsklage. S. 56.

Ich wende mich jetzt der casuistischen Durchführung meiner Theorie zu.

III. Casuistik der culpa in contrahendo.

Ich habe es mir im Folgenden zur Aufgabe gesetzt, alle denkbaren Fälle, auf welche meine Theorie zur Anwendung gebracht werden kann, aufzuführen und zu entscheiden, und lieber nach dieser Richtung hin zu viel, als zu wenig zu thun. So wenig dies bei einer bereits bekannten Lehre am Ort wäre, so nöthig ist es bei einer solchen, welche, wie die vorliegende, sich erst ihre Aufnahme und Anerkennung zu erwerben sucht. Eine reichhaltige Casuistik ist hier aus einem doppelten Grunde geboten: *einmal* um mittelst derselben die Weite ihres Anwendungsgebietes zu veranschaulichen, und *sodann*, um die Theorie von Seiten ihrer

IV. Jahrg. Bd. IV. praktischen Durchführbarkeit einer Probe zu unterwerfen. Besteht sie dieselbe an allen ihr zu unterstellenden Fällen, so hat sie wenigstens nach dieser Seite hin ihre vollständige Legitimation dargethan.

Ich werde, wie bereits früher bemerkt, das casuistische Material nach drei Gesichtspunkten gruppiren:

1) Unfähigkeit des Subjects,
2) Unfähigkeit des Objects,
3) Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens,
   A. der Erklärung,
   B. des Willens selber.

1) Unfähigkeit des Subjects.

S. 57. Das Recht hat es bekanntlich für nöthig gehalten, gewisse Personen gegen sich selbst und Andere in Schutz zu nehmen, indem es ihnen die Macht, zu veräußern und sich zu verpflichten entweder schlechthin oder doch für gewisse Geschäfte entzogen hat — jenes bei bevormundeten Personen [57]), dieses bei Frauenzimmern (Intercessionen) und bei Hauskindern (Geldanlehen). Soll jedoch die ihnen erwiesene Rücksicht nicht in eine Rücksichtslosigkeit gegen alle andern Personen ausarten, die Sicherheit des Verkehrs nicht gefährdet werden, so muß das Recht dafür Sorge tragen, daß der Grundsatz der Unverbindlichkeit der von ihnen abgeschlossenen Verträge nicht dritten völlig unschuldigen Personen zum Verderben gereiche, m. a. W. das Recht muß letztere gegen die Möglichkeit, von jenen mittelst ihres Privilegiums benachtheiligt zu werden, in Schutz nehmen. Rücksichtlich der Frauen und Hauskinder hat das Recht dieser Anforderung entsprochen, indem es die Berufung auf das SC. Vellejanum und Macedonianum an die Voraussetzung knüpft, daß der Gegner die Eigenschaft des andern Theils als einer intercedirenden Frau oder eines Haussohns kannte oder kennen mußte. Bei den andern genannten Personen

---

57) Auch für Minderjährige halte ich diese Ansicht für die richtige.

ist die Unverbindlichkeit der von ihnen geschlossenen Verträge nicht IV. Jahrg. Bd. IV. auf diese Voraussetzung gestellt, der Vertrag ist vielmehr schlechthin unwirksam, mochte der Gegner ihre Unfähigkeit kennen oder nicht. In welcher Weise hat hier nun das Recht der angedeuteten Gefahr vorgebeugt? Zunächst bietet sich hier die actio de dolo dar. Daß darin ein dolus gefunden werden muß, wenn z. B. ein gerichtlich erklärter Verschwender oder ein Minderjähriger von S. 58. 24 Jahren, den Jeder nach seiner Stellung oder seinem Aeußern für einen Volljährigen halten durfte, außerhalb, wo man seine Unfähigkeit nicht kannte und zu kennen brauchte, Contracte abschließt, z. B. eine Weinbestellung macht, ist mir wenigstens nicht zweifelhaft, und ich würde zu dem Zweck eine positive Vorspiegelung der Fähigkeit nicht erfordern, so wenig wie das preußische Recht dies thut (s. S. 366); der dolus liegt hier schon im Verschweigen. Dagegen können allerdings die Umstände auch von der Art sein, daß sie die Annahme des dolus nicht rechtfertigen. Man nehme z. B. den Fall, daß der Vormund des Minderjährigen bisher gewohnt gewesen ist, gewisse Contracte (z. B. Aufträge zu Bücherauctionen) zu genehmigen, so daß letzterer dieser Genehmigung in einem Fall glaubte sicher sein zu können, in dem sie ihm jetzt wider Erwarten verweigert wird (s. auch Note 44). Hier führt die act. doli nicht zum Ziel, es könnte also nur mittelst unserer Schadensersatzklage geholfen werden. Ob aber dieselbe zu gewähren, darüber, will ich gern gestehen, bin ich meiner Sache keineswegs völlig gewiß.

Für die Versagung läßt sich geltend machen:

Erstens: die l. 19 pr. de R. J. (50. 17):

Qui cum alio contrahit, vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus: heredi autem hoc imputari non potest, cum non sponte cum legatariis contrahit.

Es wäre Sache des andern Theils gewesen, sich nach den Verhältnissen seines Contrahenten zu erkundigen.

Zweitens: wenn die Contractsklage überhaupt nicht stattfindet, wie kann sie es in dieser Richtung?

IV. Jahrg. Bd. IV. Drittens: der Schutz der bevormundeten Personen gegen leichtsinniges Contrahiren würde anderenfalls illusorisch gemacht.

S. 59. Dem ersten Eiwande, so scheinbar er auf den ersten Blick ist, möchte ich kein großes Gewicht beilegen. Einmal nämlich ist bereits von Andern [58]) bemerkt, daß die Stelle, wenn sonst das Beispiel des Erben zu einem Schluß berechtigt, den Schuldner, nicht den Gläubiger im Auge zu haben scheint. Wenn man sie aber ihrer allgemeinen Fassung wegen auch auf letzteren glaubte beziehen zu müssen, so zeigt wenigstens die l. 3 pr. ad SC. Mac. (14. 6), daß der Satz, den sie aufstellt, in dieser Allgemeinheit nicht wahr ist. Und wohin würde es auch führen? Ein Minderjähriger von nahezu 25 Jahren hält sich vorübergehend in einem Lande auf, in dem die Volljährigkeit mit einem früheren Zeitpunkt eintritt, und wo Jeder ihn für einen Volljährigen halten konnte, miethet z. B. in einem Bade auf einige Wochen eine Wohnung, nimmt seinen Mittagstisch auf Credit u. s. w., verspielt sein Geld, und der Vormund weigert sich hinterher, die Schulden zu bezahlen. Einen dolus kann man auf seiner Seite nicht annehmen, er hatte ursprünglich die Absicht seinen Verbindlichkeiten nachzukommen, den Personen, die mit ihm contrahirten, kann man aber doch auch nicht den Vorwurf machen, daß sie »non ignari ejus conditionis« hätten sein müssen, sie können vielmehr mit den Worten der l. 3 cit. entgegnen: publice paterfamilias (major) plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat. Wenn man also immerhin aus einem andern Grunde ihnen die Contractsklage wegen culpa in contrahendo versagen will, aus diesem kann man es nicht.

Der zweite Einwand enthält eine petitio principii. Denn S. 60. das ist gerade die Frage, ob die Contractsklage darum, weil sie nicht auf Erfüllung gerichtet werden kann, auch in ihrer Richtung auf Schadensersatz unzulässig ist. Die Versagung der Contractsklage gegen jene Personen bezieht sich zunächst nur auf die

58) Cujac. Obs. VII, 36, welcher auch Beispiele mittheilt; und Schulting, Notae ad Dig. ad h. l.

Ausführung des Contracts, läßt aber die Frage von der Mög- IV. Jahrg. Bd. IV.
lichkeit einer Verpflichtung durch culpa in contrahendo offen. Bedenkt man nun, daß jene Personen in bestehenden Contractsverhältnissen nach allgemeinen Grundsätzen culpa zu präſtiren haben, so wird es schwer, dies bei entstehenden zu verneinen.

Der dritte Einwand ist der gewichtigste. Allein es fehlt doch nicht an Momenten, welche sein Gewicht beträchtlich vermindern. Die Gefahr ist in der That nicht so groß, wie es den Anschein hat. Einmal nämlich fällt sie in dem Fall hinweg, wenn der Gegner die Unfähigkeit kannte oder kennen mußte[59]), beim Contrahiren unter Anwesenden namentlich also, wenn das jugendliche Aeußere des Contrahenten dessen Minderjährigkeit kund gab. Sodann in dem Fall, wenn letzterem diese bestimmte Art der culpa nicht zugerechnet werden konnte, und aus diesem Grunde würde ich die Klage bei Unmündigen schlechthin ausschließen. Obwohl nämlich letztere in unsern Quellen als injuriae capaces bezeichnet werden, so bedarf es doch wohl kaum der Bemerkung, daß diese capacitas nicht für alle Arten des Unrechts gleich, sondern nach Verschiedenheit derselben verschieden und zwar darnach zu bestimmen ist, ob die Einsicht in den Charakter derselben diesem Lebensalter zugetraut werden kann. Wie diese Zurechnungsfähigkeit z. B. rücksichtlich des Diebstahls früher anzunehmen ist, als rücksichtlich der Fälschung, so auch rücksichtlich der Beschädigung fremder Eigenthumsobjecte früher, als rücksichtlich unserer culpa S. 61.
in contrahendo. Die individuellen Umstände müssen hier, was die Annahme der letztern anbetrifft, den Ausschlag geben. So z. B. würde ich einen jungen Menschen, der bereits durch die Erfahrung belehrt ist, daß seine Verträge unverbindlich sind, und dem der Vormund jedes fernere Contrahiren untersagt hat, für zurechnungsfähig erklären, wenn er zum zweiten Mal einen Auswär-

59) Bei Vormundschaften über Wahnsinnige und gerichtlich erklärte Verschwender wegen der öffentlichen Bekanntmachung.

IV. Jahrg. Bd. IV. tigen, der sich über seine Unfähigkeit in entschuldbarer Unkenntniß befindet, zum Contrahiren inducirt z. B. einem auswärtigen Antiquar brieflich Bücher zum Verkauf offerirt. Insofern man hierin nicht einen dolus finden wollte, würde man doch eine Haftung wegen culpa in contrahendo kaum umgehen können.

Schließlich sei gegen den obigen Einwand noch das bemerkt, daß der Betrag der Haftung aus der culpa in contrahendo regelmäßig hinter dem aus dem Contract selbst zurückbleibt. Wenn ein Minderjähriger, der sich Wein bestellt hat, die dem Verkäufer verursachten Kosten des Hin- und Rücktransportes zu ersetzen hat, so ist seine Lage immerhin noch eine ungleich bessere, als wenn er den Wein behalten müßte.

Es scheinen mir demnach die Gründe für die Statthaftigkeit unserer Klage auch gegen bevormundete Personen überwiegend zu sein, jedoch räume ich, wie bereits bemerkt, gern ein, daß die Sache nicht so völlig zweifellos ist, glaube übrigens auch nicht, daß sie ein so großes Interesse hat, da in den meisten Fällen die act. doli ausreichen wird[60].

Unsere Frage läßt sich auch für die von einem Trunkenen abgeschlossenen Verträge aufwerfen. Zwar wenn er sie persönlich abschließt und sein Zustand ein derartiger war, daß das Willens-
S. 62. vermögen aufgehoben war, wird der Gegner denselben haben bemerken müssen. Nicht so, wenn er einen Boten schickt, z. B. durch einen Kellner aus dem Gasthof einen Wagen auf den folgenden Tag bestellen läßt, den er nachher nicht nehmen will. Ein Contract ist hier allerdings nicht abgeschlossen, dolus liegt ebensowenig vor, allein so wie er wegen der in diesem Zustande der Unzurechnungsfähigkeit begangenen Delicte aus dem Grunde haftet, weil er sich culposer Weise in diesen Zustand versetzt hat, so rechtfertigt derselbe Gesichtspunkt auch seine Haftung wegen culpa in con-

---

60) Auf letztere aufmerksam zu machen, sollte man aber doch bei der Lehre von der mangelnden Dispositionsbefugniß bevormundeter Personen nicht versäumen.

trahendo. In einem solchen Zustand soll man nicht contrahiren. IV. Jahrg. Bd. IV.

Der persönlichen Handlungsunfähigkeit kann gleich stehen die mangelnde Dispositionsbefugniß, namentlich wegen Veräußerungsverbots [61]). Damit ein Veräußerungsverbot zu unserer Klage Veranlassung gebe, wird vorausgesetzt, daß es sich auf die Abschließung des Contracts beziehe, m. a. W. daß nicht bloß die intendirte Eigenthumsübertragung, sondern auch die darauf gerichtete Obligation für unwirksam erklärt sei, wie z. B. beim Verkauf litigioser Objecte [62]). Nach einer positiven Bestimmung von Justinian [63]) soll hier der Verkäufer dem Käufer eine Strafe von $1/3$ des Kaufpreises zahlen. Wer mit mir dieselbe heutzutage für unpraktisch hält, wird dem Käufer, wenn der Verkäufer in dolo war, auf die act. doli, wenn er in bona fide war, wie z. B. wenn die um die Litigiosität nicht wissenden Erben verkauften, auf unsere Klage verweisen müssen.

2) Unfähigkeit des Objects.

Außer den beiden im ersten Abschnitt zur Genüge behandelten S. 63. Fällen kennen unsere Quellen noch einige andere. So wird insbesondere ein Fall häufig erwähnt, der, obwohl er für uns keine praktische Bedeutung mehr hat, doch keineswegs übergangen werden darf, und den ich im ersten Abschnitt nur aus dem Grunde nicht behandelt habe, um durch das Hineinziehen eines zweifelhaften Falles die dortige, auf unzweifelhafte Quellenäußerungen gebaute Untersuchung nicht zu stören. Von der jetzt gewonnenen Basis aus wird die richtige Auffassung desselben keine Schwierigkeiten mehr haben.

---

61) Andere Beispiele: Unkenntniß eines Ausfuhrverbots von Seiten des Verkäufers; Ausstellung eines Wechsels von einer wechselunfähigen Person, deren Unfähigkeit der Gegner nicht kannte; nach römischem Recht Unfähigkeit gewisser Personen zu gewissen Pachtungen (Puchta, Pandekten § 365 not. h.).

62) L. 27 § 1 ad SC. Vellej. si litigiosum praedium emerit.

63) In der l. 4 § 1 Cod. de litig. (8. 37).

IV. Jahrg. Bd. IV. Es ist dies der Fall des Verkaufs eines fälschlich für einen Sklaven gehaltenen freien Menschen. Allgemeinen Grundsätzen nach müßte dieser Verkauf dem einer res extra commercium völlig gleich stehen, denn er bezweckt ebenso, wie letzterer, die Beschaffenheit einer absolut unmöglichen Leistung. In der That erkennen denn auch einige Stellen diese Gleichheit ausdrücklich an[64], allein andere rufen, indem sie für den Fall der Unkenntniß des Käufers von einer »emtio« sprechen[65] und die Stipulation der Evictionsleistung für wirksam erklären[66], den Schein des Gegentheils hervor, und es hat nicht an Schriftstellern gefehlt, welche sich durch diesen Schein haben täuschen lassen[67].

S. 64. Sollte der Verkauf des Freien wirklich gültig sein, so müßte daraus auf Erfüllung oder, was dasselbe, auf das Erfüllungsinteresse geklagt werden können. Ist dies der Fall? Keine der Stellen sagt es, und die Natur der Sache stellt sich dem entgegen. Denn wie soll der Werth des freien Mannes ästimirt werden? Soll man ihn so taxiren, als ob er Sklav wäre? Allein dann hätte man mit demselben Recht die res extra commercium ebenso ästimiren können, als ob sie eine res in commercio wäre; daß hier aber die Aestimation oder das Erfüllungsinteresse ausgeschlossen ist, darüber herrscht gar kein Zweifel[68].

Wenn der Kauf eines Freien eine Klage auf das Erfüllungs-

---

64) l. 4 de cont. emt. (18. 1) § 5 J. de emt. (3. 23), in Bezug auf Stipulation die l. 8 § 9 de O. et A. (44. 7).

65) Emtionem contrahi posse: l. 70 de contr. emt. (18. 1) l. 4 quib. ad lib. (40. 13); emtio intelligitur: l. 4 de cont. emt. scientem emere non posse: l. 6 pr., l. 34 § 2 ibid.

66) l. 20 § 4 quib. ad lib. (40. 13) stipulatio de evictione contrahitur, l. 25 Cod. de evict. (8. 45) l. 2 Cod. de ads. toll. (7. 17).

67) Z. B.: F. Mommsen, Beiträge zum Obligationenr. I S. 125 fl., von Savigny, Obligationenrecht II S. 290.

68) Mir ist in der Spruchfakultätspraxis ein Fall vorgekommen, wo ein Stück eines öffentlichen Platzes von einem Holzhändler seit Jahren als Abladeplatz benutzt und von dessen Erben in Unkenntniß dieses Umstandes verkauft worden war. Warum hätte man hier nicht den Werth dieses Platzes taxiren können?

interesse erzeugt, so muß es auch die Stipulation. Allein die l. 1 § 9 de O. et A. (44. 7) erklärt letztere ausdrücklich für »inutilis«, weil das Object »tale sit, ut dari non possit« — ein Grund, der für den Kauf keine geringere Geltung haben kann, als für die Stipulation — und dem homo liber wird der locus sacer vel religiosus auch hier völlig gleich gestellt. IV. Jahrg. Bd. IV.

Wenn das Erfüllungsinteresse gefordert werden darf, so ist der Kaufcontract nach unsern obigen Ausführungen (S. 333) nicht als ungültig, sondern als gültig zu bezeichnen, während doch Papinian ihn ausdrücklich für wirkungslos erklärt [69].

Wenn wir sonach mit der Idee, daß die act. emti auf das S. 65. Erfüllungsinteresse gerichtet werden könne, überall auf Schwierigkeiten stoßen, was hindert uns, demselben das negative Vertragsinteresse (S. 340) zu substituiren? Der einzige Grund, der davon abhalten könnte, ist die Statuirung einer »emtio« in den Stellen der Note 65. Allein in welchem Sinn die »emtio« hier gemeint ist, zeigt die eine derselben, die l. 4 de cont. emt. (18. 1), in der Pomponius den Ausdruck ebensowohl von dem Verkauf eines locus sacer et religiosus als dem des homo liber gebraucht. Rücksichtlich jenes Falles steht es nach unsern frühern Untersuchungen fest, daß die act. emti nur auf das negative Vertragsinteresse ging, der Jurist also nur diese Wirkung im Auge haben konnte, wenn er von einer emtio sprach, da er aber mit diesem Fall den des Verkaufs des homo liber auf gleiche Linie stellt, so kann »emtio« auch rücksichtlich des letztern nichts Anderes bedeuten. In dieser Weise verschwindet jeder Widerspruch zwischen jenen Stellen [70]) und dem § 5 J. cit. (S. 334), welcher in beiden Fällen

---

69) l. 27 § 1 ad SC. Vell. (16. 1) .. nihil esse quaesitum non magis quam si litigiosum praedium servus aut liberum hominem emerit. Daß das »emerit« hier nicht etwa auf die Tradition, sondern auf den Contract zu beziehen ist, geht aus der Zusammenstellung mit dem Fall des Verkaufs des praedium litigiosum hervor, in welchem nach richtiger Ansicht (von Vangerow, Lehrbuch I § 160 Anm. Aufl. 6 S. 288) nur der Verkauf, nicht die Uebertragung des Eigenthums unwirksam war.

70) Zwei derselben würden sonst auch noch unter sich in Widerspruch ge-

IV. Jahrg. Bd. IV. die act. emti ausdrücklich nur auf das negative Vertragsinteresse gewährt: quod sua interest deceptum non esse.

Hiermit ist auch zugleich die scheinbare Schwierigkeit, welche die Zulassung eines Anspruches auf Evictionsleistung darbietet, S. 66. beseitigt. Dieser Anspruch kann auf das positive Vertragsinteresse gerichtet werden (z. B. wenn die Sache jetzt mehr werth ist, als zur Zeit des Verkaufs), aber er braucht es nicht, der Käufer kann vielmehr auch das negative geltend machen, sich beschränken auf den Ersatz der Auslagen, die er auf die Sache gemacht hat[71]. Wenn nun einige Stellen für unsern Fall dem Käufer allgemein das „Interesse" zusprechen[72], so wissen wir aus dem Bisherigen, in welchem Sinn wir dasselbe zu verstehen haben[73]. Ob der vermeintliche Sklave, noch bevor er dem Käufer tradirt worden war, in libertatem vindicirt wurde, oder erst nachher, in beiden Fällen forderte der Käufer quod ejus interfuit, non deceptum esse, und so wenig wie dieser Anspruch im ersten Fall Gültigkeit des Kaufs voraussetzte, so wenig im letztern. Daß er hier, wie überall, die Summe seines Interesses gleich im Voraus fixiren konnte, versteht sich von selbst, die stipulatio de evictione in den Stellen der Note 66 macht also gar keine Schwierigkeit.

Zu den Gründen der objectiven Unmöglichkeit gehört neben dem juristischen der Unfähigkeit des Objects auch der natürliche der Nichtexistenz der Sache. Außer dem oben (I) bereits behandelten Fall der Nichtexistenz der verkauften Erbschaft

---

rathen. Denn derselbe Licinius Rufinus, der in der l. 70 de cont. emt. von einer emtio spricht, äußert sich in l. 4. quib. ad lib. (40. 13) in libero homine neque venditio consistit et nihil est, quoniam (quod jam?) veneat.

71) So z. B. bei dem gekauften Sklaven die Erziehungskosten l. 27 § 5, l. 28—31 de R. V. (6. 1).

72) l. 18, 25 Cod. de evict. (8. 45), l. 8 Cod. de sent. (7. 45), l. 2 Cod. de ads. toll. (7. 17).

73) Ebenso allgemein drückt sich die früher benutzte l. 9 de her. vend. (18. 4) S. 334 aus, ungeachtet doch auch sie nur das negative Interesse im Auge hatte.

berühren die Quellen noch einige andere, aber ohne rücksichtlich IV. Jahrg. Bd. IV.
ihrer die Frage von der Verbindlichkeit des Verkaufs so genau zu beantworten, wie für jenen Fall, was mich bestimmte, die Erörterung derselben bis auf diese Stelle auszusetzen.

Die Existenz der Sache kann als gegenwärtige oder zukünftige S. 67.
gedacht sein. Im letztern Fall treten die Voraussetzungen unserer Klage nur dann ein, wenn die Unmöglichkeit der Entstehung der Sache dem Verkäufer im Voraus bekannt sein mußte, während umgekehrt der Käufer darüber in entschuldbarer Unkenntniß war, und einen solchen Fall behandelt die l. 21 pr. de act. emti (19. 1):

> Si sterilis ancilla sit, cujus partus venit, vel major annis quinquaginta, cum id emtor ignoraverit, ex emto tenetur venditor.

Daß der Contract als solcher nichtig ist, mithin nicht auf das Erfüllungsinteresse geklagt werden kann, liegt auf der Hand, es kann folglich nur das negative Vertragsinteresse d. h. die act. emti wegen culpa in contrahendo gemeint sein[74]. Ob die Voraussetzungen derselben nicht auch beim Hoffnungskauf (emtio spei) eintreten könnten, will ich dahin gestellt sein lassen[75]. Dagegen wird es nicht erst der Bemerkung bedürfen, daß die durch subjective Unmöglichkeit herbeigeführte Nichtleistung zukünftiger Sachen niemals unter unser Prinzip fällt; der Vertrag ist hier gültig, die Klage geht mithin auf das Erfüllungsinteresse.

Die Nichtexistenz von Sachen, welche als existirend von beiden Theilen vorausgesetzt werden, kann ihren Grund darin haben, daß sie nie existirt haben, oder daß sie bereits untergegangen sind. Im letztern Fall hat entweder der Promittent diesen Umstand gekannt oder nicht. Dort war er in dolo und haftet nach bekannten Grundsätzen. Hier scheint nach den Quellen[76] jede Haftung aus-

---

74) Das nimmt auch Mommsen a. a. O. S. 133 an.

75) Der Fall des dolus beim Hoffnungskauf wird ausdrücklich erwähnt in l. 12 de her. vend. (18. 4).

76) L. 15 pr. l. 57 de cont. emt. (18. 1).

IV. Jahrg. Bd. IV. geschlossen zu sein, denn sie beschränken sich auf die Bemerkung,
S. 68. daß der Vertrag nichtig sei, ohne der Möglichkeit einer etwaigen culpa in contrahendo zu gedenken. Allein, wenn an sich eine solche culpa denkbar ist, so würde dies Schweigen hier so wenig wie im Fall des wesentlichen Irrthums (s. u.) im Wege stehen, unsere Theorie zur Anwendung zu bringen. In der Regel wird allerdings dem Promittenten aus seinem Nichtwissen kein Vorwurf gemacht werden können, und diesen Fall haben die Quellen im Auge, allein die Verhältnisse können sich auch entgegengesetzt gestalten. Ich will z. B. annehmen, es vermiethet Jemand ein auf einer Seereise befindliches Schiff zu einer Zeit, wo bereits die Schiffsnachrichten den Untergang gemeldet hatten. Hier mußte er diesen Umstand wissen, und wenn der andere Theil durch den Abschluß des Contracts in Nachtheil gekommen ist, z. B. die Frachten inzwischen in Folge eines politischen Ereignisses in die Höhe gegangen sind, so liegen auf beiden Seiten die Voraussetzungen unserer Klage vor.

Dem Fall des Unterganges der Sache steht gleich, wenn dieselbe bereits im Moment des Vertrages aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden war, vorausgesetzt nämlich, daß beide Theile von der entgegengesetzten Annahme ausgegangen sind. Auf einer Auction bietet Jemand auf ein seltenes Werk, und ein anwesender Antiquar veranlaßt ihn vom weitern Bieten abzustehen, indem er ihm „sein Exemplar" für den gebotenen Preis offerirt, dieses war aber, ohne daß er es wußte, bereits von seinen Leuten verkauft. Auf Erfüllung des Contracts kann hier meiner Ansicht nach nicht geklagt werden, denn beide Theile haben nicht irgend ein beliebiges Exemplar des Werkes, sondern ein in bestimmter Weise bezeichnetes Exemplar „sein Exemplar" im Auge gehabt,
S. 69. dies existirt aber nicht. Der Verkäufer hätte dies wissen müssen, ist also der Käufer durch den Kauf in Schaden gekommen (er hat z. B. das Werk sich anderweitig verschafft, aber um einen ungleich höheren Preis, als es auf der Auction weggegangen ist), so hat er die act. emti wegen culpa in contrahendo.

Daß in diesem Fall in der That eine nicht existirende Sache IV. Jahrg. Bd. IV.
verkauft ist, wird noch einleuchtender, wenn wir den Fall so setzen, daß der Verkäufer das Object nie besessen hatte. Die beiderseitige Absicht war hier ja nicht auf Lieferung eines Exemplars schlechthin gerichtet, sondern stillschweigend durch die Voraussetzung bedingt, daß der Verkäufer eins besitze. So wie das Legat einer bestimmt bezeichneten Rolle Geldes wegen Mangels des Gegenstandes nichtig ist, wenn der Testator die Rolle nie gemacht oder sie später aufgebrochen und verausgabt hat, dasselbe aber nicht in das Legat einer gleich hohen Summe Geldes verwandelt werden darf, ebensowenig läßt sich der Verkauf eines individuell bestimmten und durch das Vorhandensein der bestimmenden Momente bedingten Gegenstandes in den eines abstract bestimmten übertragen. „Mein Exemplar“ ist so viel, als: „wenn ich eins besitze.“

Object des Verkaufs kann nicht bloß eine Sache, sondern auch ein Recht sein. Gelten hier dieselben Grundsätze? Wäre dies der Fall, so könnte Jeder, der das Recht, welches er abzutreten versprochen, in Wirklichkeit nicht besitzt, z. B. eine Superficies, Emphyteusis, eine Erbschaft, Forderung, sich einfach hinter die Unmöglichkeit der Leistung wegen Nichtexistenz des Objects zurückziehen. Mit demselben Recht aber dürfte es dann auch der Verkäufer einer vermeintlich ihm gehörigen Sache, denn sein vermeintliches Eigenthum existirt ja ebenfalls nicht. Der Gegensatz der subjectiven und objectiven Unmöglichkeit nimmt hier eine etwas andere Gestalt an. Letztere ist vorhanden, wenn das als S. 70.
existirend gesetzte Recht beziehungsweise dessen Uebertragung in thesi d. h. also nicht bloß für diesen Verkäufer, sondern für jeden unmöglich ist — hier ist der Vertrag nichtig und damit unserer Klage Raum gegeben. Dahin gehört wegen Unmöglichkeit des Rechts: der Verkauf der Erbschaft eines Lebenden oder (nach früherem römischem Recht) eines Haussohns, der Verkauf von Lotterieloosen nach der Ziehung, von Bannrechten, Privilegien u. s. w. in einem Lande, wo dieselben aufgehoben sind;

IV. Jahrg. Bd. IV. wegen Unmöglichkeit der Uebertragung: Verkauf einer bestehenden Prädialservitut oder des Usus, nur würde in den beiden letzten Fällen und, wenn der Käufer ein Inländer war, also das Gesetz kennen mußte, auch in dem vorhergehenden unsere Klage wegen Rechtsirrthums auf Seiten des Käufers ausgeschlossen sein.

Anders dagegen, wenn das Recht, welches der Verkäufer sich beilegt, an sich existiren könnte, aber sei es überall nicht oder nur in seiner Person nicht existirt. Wer an fremdem Grund und Boden fälschlich eine superficies zu haben vermeint und dieselbe verkauft, hat das Erfüllungsinteresse zu leisten, und es ist daher gleichgültig, ob die superficies in der Person eines Andern existirt oder nicht; die Leistung derselben ist an sich möglich. Es ist daher auch ganz consequent, wenn das römische Recht bei dem Verkauf einer nicht existirenden Forderung den Verkäufer haften läßt[77]). Ob die gemeinte Forderung in der Person eines Andern wirklich existirt, — z. B. das Legat ist dem X vermacht, es gibt aber zwei dieses Namens, welche beide dasselbe in Anspruch neh-
S. 71. men, und von denen der eine seinen Anspruch cedirt, während der andere der wirklich Gemeinte war — oder ob dies nicht der Fall, kann hierfür keinen Unterschied machen, vorausgesetzt, daß nur eine solche Forderung wirklich existiren könnte. Daher würde z. B. der Verkauf einer Forderung aus verbotenen Spielschulden oder — in Ländern des französischen Rechts — des Anspruchs auf Alimente gegen den unehelichen Vater eine Verbindlichkeit nicht erzeugen — diese Forderungen sind juristisch eben so undenkbar, wie die Erbschaft eines Lebenden — aber daß Jemand gegen den X keine Forderung aus dem Darlehn hat, begründet ebensowenig eine Unmöglichkeit in seiner Person, wie daß er an der Erbschaft des X kein Erbrecht hat. Er könnte sie haben, und weil er sie zu

---

77) l. 5 de her. vend. (18. 4). Mit Unrecht erblickt Mommsen a. a. O. S. 135, indem er den im Text aufgestellten Unterschied übersieht, darin eine Abweichung von dem, was die l. 7 u. 8 ibid. für den Verkauf der Erbschaft festsetzen.

haben versichert hat, muß er dafür einstehen. An der Sache, die IV. Jahrg. Bd. IV.
nicht existirt, kann dagegen Niemand Eigenthum haben.

3) Unzuverlässigkeit des contractlichen Willens.

Die Form, in der der Wille in die Außenwelt tritt, ist die Erklärung desselben durch Worte und Handlungen. Die Aeußerung des Willens und der Wille selbst aber können divergiren, sei es, daß die Ernstlichkeit des Willens fehlt, die Aeußerung also nach Absicht des Redenden oder Handelnden eine wirkliche Bedeutung nicht haben soll, sei es, daß zwar der Wille vorhanden ist, aber die Aeußerung ihn nicht deckt.

Dieser Möglichkeit gegenüber kann das Recht sich in doppelter Weise verhalten. Es kann ihr nämlich einmal allen rechtlichen Einfluß versagen, sich also behufs der Bestimmung der Frage, ob und was gewollt ist, lediglich an die von dem Wollenden selbst gewählten Ausdrucksmittel halten, so daß jede Berufung auf ein Anders-gewollt-haben, also nicht bloß die Berücksichtigung der Einreden der Simulation, des Scherzes und des Irrthums, sondern auch die Ermittelung und Vervollständigung des wahren S. 72.
Willensinhalts auf dem Wege der logischen Interpretation ausgeschlossen ist. Diese Behandlungsweise ist im Wesentlichen die des älteren römischen Rechts; sie hat den Vorzug der absoluten Sicherheit für sich, dagegen den Nachtheil der äußersten Gefährlichkeit gegen sich. Das neuere römische Recht hat, indem es letzteren für überwiegend hält, sich für die entgegengesetzte entschieden, die Trüglichkeit der Willensäußerung als Prinzip anerkannt und die Möglichkeit einer Rectification, beziehungsweise einer gänzlichen Entkräftigung der äußern Kundgebung des Willens zugelassen — jenes mittelst der logischen Interpretation, dieses mittelst der Berufung auf Scherz, Irrthum u. s. w. Damit scheint es aber für die eine Quelle der Gefahren, die es verschließen wollte, eine andere geöffnet zu haben, nämlich die der Unsicherheit des anderen Theils. Zwar nicht mittelst der logischen Interpretation — denn sie beruht eben darauf, daß der wahre Willensinhalt erkennbar

IV. Jahrg. Bd. IV. ist und, wie vom Richter, so auch vom andern Theil hätte erkannt werden können und müssen[78]). Wohl aber mittelst der Zulassung jener Einreden des völlig mangelnden Willens. Wenn nicht die Umstände von der Art sind, daß sie dem Gegner den Glauben an die Zuverlässigkeit der Erklärung entziehen müssen, ist er vollkommen in seinem Recht, derselben zu trauen und hat nicht erst nöthig, durch wiederholte Fragen sich die sichere Ueberzeugung von ihrer Zuverlässigkeit zu verschaffen. Hat er
S. 73. nun in diesem Vertrauen den Contract für abgeschlossen angenommen und darauf hin seine Maßregeln getroffen, ihn ausgeführt, eine andere Gelegenheit zum vortheilhaften Abschluß desselben vorübergehen lassen, so tritt hinterher sein Gegner mit der Behauptung auf, das Ganze sei nur ein Scherz gewesen, oder er habe sich verschrieben, in der Person oder Sache geirrt u. s. w., der Vertrag wird für nichtig erklärt, und der unschuldige Theil trägt die Kosten der Unvorsichtigkeit, Unachtsamkeit, Nachlässigkeit des Gegners.

Diese so klar zu Tage liegende Gefahr und Unbilligkeit ist nun in unseren Quellen, so oft sie auch dahin gehörige Fälle berühren, gar nicht weiter berücksichtigt. Ob die Römer dieselbe wirklich nicht gefühlt, möge auf sich beruhen, genug! sie ist vorhanden und es bedarf eines Schutzes gegen sie, und das römische Recht selbst gibt uns in dem Grundsatz der diligentia in contrahendo die Mittel in die Hand, den Schutz zu gewähren. Beim Contrahiren hat Jeder für die Zuverlässigkeit seiner Willenserklärung einzustehen, ein Mangel derselben, welcher die vom Gegner

---

78) Diesen Gesichtspunkt muß man bei der Interpretation der Verträge streng festhalten, der Richter darf also solche Thatsachen und Umstände, welche zwar den wirklichen Willen des Redenden außer Zweifel setzen, aber dem Gegentheil nicht bekannt waren oder bekannt zu sein brauchten, nicht berücksichtigen, er hat m. a. W. nicht die Frage zu entscheiden: was war der wirkliche Sinn der Erklärung des Redenden, sondern wie mußte der Gegner nach den ihm vorliegenden Umständen sie auffassen.

angenommene Perfection des Contracts in Wirklichkeit ausgeschlossen hat, verpflichtet ihn zum Schadensersatz (S. 363). IV. Jahrg. Bd. IV.

Zu dem Fall der Unzuverlässigkeit der Willenserklärung (der Differenz zwischen Inhalt und Form des Willens) gesellt sich noch ein zweiter, nämlich der der Unzuverlässigkeit des Willens selber (der Differenz zwischen dem früheren Willen und dem jetzigen Nichtwollen) hinzu. Der Gegensatz beider Fälle wird aus der folgenden Darstellung, der er zu Grunde gelegt ist, klarer werden.

A. Unzuverlässigkeit der Erklärung.

Dieselbe kann zunächst darauf beruhen, daß die Erklärung als eine ernstliche, d. h. eine Verbindlichkeit erzeugende gar nicht beabsichtigt ist. S. 74. Von den dahin gehörigen Fällen scheidet zuerst der der Simulation völlig aus, denn da derselbe beiderseitiges Einverständniß voraussetzt, so kann zwar eine dritte Person, nicht aber einer der Contrahenten selbst zur fälschlichen Annahme des Contracts verleitet werden, mithin zwar die act. doli, nicht aber unsere Klage begründet sein. Dasselbe möchte ich behaupten von dem Fall des Scherzes. Sind nämlich die Umstände so gestaltet, daß der Gegner den Mangel der ernstlichen Absicht erkennen mußte[79]), so ist letzterer selbst in culpa, wenn er dies verkannte, hat also aus diesem Grunde auf unsere Klage keinen Anspruch. Sind sie aber nicht derartig, so darf m. E. die Einrede des Scherzes gar nicht zugelassen werden, obschon immerhin aus den (dem Gegner zur Zeit des Abschlusses des Contractes nicht bekannten) Verhältnissen des Scherzenden der Nachweis mangelnder Ernstlichkeit des Willens erbracht werden kann[80]); es scheint mir

---

79) Es verspricht z. B. Jemand dem Kellner 100 Louisd'or, wenn er ihm eine recht gute Flasche Wein bringe.

80) In munterer Weinlaune machte sich Jemand den Scherz, indem er über den Markt ging, sämmtliche dort befindliche Fuder Heu zu kaufen und vor das Haus fahren zu lassen, das er soeben als Gast verlassen hatte. Die Verkäufer hatten nicht den geringsten Anlaß, auf seiner Seite einen Scherz

IV. Jahrg. Bd. IV. hier ganz derselbe Gesichtspunkt Platz zu greifen, den ich in Note 78 für die Interpretation aufgestellt habe.

So scheint denn der Fall der absichtlichen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung uns kein Beispiel für unsere Klage darzubieten. Allein es ließe sich doch eins denken.
S. 75. Um einem Anderen die Wechselform zu veranschaulichen, setzt Jemand einen Wechsel auf, worin er selbst als Trassant, der Andere als Remittent und ein Dritter als Trassat figurirt. Der Andere nimmt das Formular mit und indossirt den Wechsel. Kann der Indossatar seinen Regreß gegen den Aussteller nehmen? In so weit dies in Form des Wechselprozesses nicht möglich wäre, und unter der Voraussetzung, daß der Regreß gegen den Indossanten erfolglos bliebe, würde ich ihm unsere Klage gewähren, da es eine culpa von Seiten des Ausstellers war, daß er das Formular aus den Händen gab. Da bei einem wirklichen Wechsel das Indossament den Aussteller des Wechsels mit dem Indossatar in einen Obligationsnexus bringt, jener also, indem er den Wechsel an Ordre ausstellt, gewissermaßen in personam incertam contrahirt, so kann man mir nicht den Einwand machen, daß die culpa hier außercontractlicher Art gewesen.

Ungleich wichtiger, als der Fall der absichtlichen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung ist der der unabsichtlichen. Der Redende hat zwar wirklich gewollt, aber nicht das, was der andere Theil in seinen Worten gefunden hat und finden mußte, sei es, daß er sich irrte, d. h. sich über ein wesentliches Moment des Vertrages eine der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellung bildete, oder sich versah in der Mittheilung des Willens. Ein Theaterdirector, welcher eine Sängerin engagiren will, dieselbe aber mit einer andern gleichen Namens, z. B. ihrer Schwester, verwechselt und letztere engagirt,

---

anzunehmen, obgleich der Richter darüber gar nicht im Zweifel sein konnte. Anders dagegen in einem mir bekannten Fall, wo ein Studirender bei Versteigerung einer Kuh das höchste Gebot that, und die scherzhafte Absicht desselben allen Anwesenden klar sein mußte.

macht sich von der Person seines Contrahenten ein verkehrtes Bild, er irrt. Wenn er dagegen weiß, daß beide existiren, und ihre Vornamen kennt, dagegen bei der Adresse sich im Vornamen verschreibt, so irrt er sich nicht, sondern er versieht sich in der Mittheilung seines Willens und wird dadurch Urheber eines fremden Irrthums. Betrachten wir zuerst den Fall des Irrthums. IV. Jahrg. Bd. IV.

So sehr es zu billigen ist, daß das Recht den wesentlichen Irrthum als Nichtigkeitsgrund anerkennt, so sehr bedarf doch diese Behandlungsweise unserer Klage als Complement. Oder sollte im obigen Fall die Sängerin, welche ihr Engagement aufgegeben hat, bei ihrer Ankunft und der jetzt entdeckten Verwechselung einfach mit der Bemerkung abgefunden werden können: es liege ein wesentlicher Irrthum in der Person vor, der Vertrag sei nichtig? Jeder wird zugeben, daß sie den gerechtesten Anspruch nicht bloß auf Ersatz der Reisekosten, sondern auch auf sonstige Schadloshaltung hat. Daß jener Apotheker oder Forstmann, welcher sich in der Meinung, daß das Werk von offizinellen Wurzeln handle, bei seinem Buchhändler ein indo-germanisches Wurzellexikon bestellte, an den Contract nicht gebunden ist, wegen Irrthums über wesentliche Eigenschaften des Objects, wird man billigen können; daß aber der Buchhändler, wenn der Verleger das Buch nicht zurücknehmen will, den Schaden tragen soll, verletzt jedes Rechtsgefühl. S. 76.

Der wesentliche Irrthum kann eine Gestalt annehmen, in der man leicht versucht ist, statt der Grundsätze über Irrthum die über Auslegung doppelsinniger Ausdrücke zur Anwendung zu bringen. Eine reiche Quelle des gegenseitigen Mißverständnisses bietet namentlich die verschiedene Bedeutung mancher das Münzwesen betreffenden Ausdrücke dar; es gibt kaum einen Ausdruck, der nicht an diesem Ort eine andere Bedeutung hätte, als an jenem [81].

---

81) z. B. der Thaler (der preußische, der Thaler Gold in Bremen, der Kronenthaler in Süddeutschland); der Gulden (der süddeutsche und

IV. Jahrg. Bd. IV. S. 77. Gewöhnlich lehrt man, daß bei einem Streit der Parteien über den Sinn eines solchen Ausdrucks der Sinn des Orts entscheide, so daß also z. B. ein Ausländer, der in Bremen einen in Thalern angesetzten Contract abschlösse, sich den Thaler Gold gefallen lassen müsse. Allein ich halte dies in dieser Allgemeinheit für entschieden verkehrt. Richtig ist es nur unter der Voraussetzung, daß der Theil, welcher den Ausdruck in einem anderen als dem ortsgebräuchlichen Sinn genommen zu haben behauptet, letzteren kannte oder kennen mußte; hier hat er sich, indem er es unterließ, den Ausdruck in seinem Sinn zu bestimmen, dem ortsüblichen untergeordnet. Ganz anders aber in dem Fall, wenn er diesen Sinn gar nicht kannte, z. B. ein Franzose verschreibt sich auf Grund einer Ankündigung in einem schweizerischen Blatt einen Artikel, der in demselben in Franks schlechthin (ohne Bezeichnung desselben als schweizer Franks) angesetzt ist, ein Däne, der soeben nach Hamburg gekommen, fordert oder bietet für eine Waare eine bestimmte Anzahl Schillinge, indem er gar nicht weiß, daß der Ausdruck an diesem Orte einen anderen Werth anzeigt, als in seinem Vaterland. Hier wie dort liegt zwischen beiden Theilen ein Consens über den Preis gar nicht vor, und es hieße alle Grundsätze über den wesentlichen Irrthum verläugnen, wollte man hier einfach die Ortsbedeutung des gebrauchten Ausdruckes zur Geltung bringen. Das römische Recht erklärt den Vertrag bei einer Differenz der Parteien über den Preis ausdrücklich für nichtig [82]; wodurch das Mißverständniß veranlaßt worden ist, darauf legt dasselbe überall kein Gewicht, und so dürfen auch wir es nicht thun. Die beiderseitige Uebereinstimmung über die bestimmte Zahl

---

norddeutsche); der Groschen (3 Kreuzer, Silbergroschen, gute Groschen); Sechser (6 Kr., 6 Pfennige); Schilling (der hamburger = 40 auf einen preuß. Thlr., der mecklenb. = 48, der dänische = 128); Frank (französ. = 28 Kr., schweizer = 40 Kr.); Groten (bremer, oldenburger); Mark (Courant, Banco, dänische) u. s. w. Dieselbe Vieldeutigkeit wiederholt sich bei den Namen der Längenmaße und Gewichte: Elle, Fuß, Pfund u. s. w.

82) l. 52. Locat. (19. 2).

Franks oder Schillinge ist nur eine über das Wort, nicht IV. Jahrg. Bd. IV.
über den Inhalt, die Geldsumme; in Wirklichkeit sind die Parteien über den Preis, dort in dem Verhältniß wie 7 zu 10, hier in dem wie 5 zu 16, aus einander. S. 78.

Indem ich in diesen Fällen Nichtigkeit annehme, unterstelle ich dieselben andererseits zugleich unserem Prinzip der culpa in contrahendo. Zu der Annahme, daß der Frank und Schilling auch außerhalb ihrer Heimath in der ganzen Welt dieselbe Bedeutung habe, waren beide Theile nicht berechtigt, sie mußten sich vorher darüber vergewissern; da sie dies unterlassen, haften sie für den daraus entstandenen Schaden, also unter Umständen für den ganzen, vom Gegner erwarteten Betrag. Ein Preuße, der in Bremen einen Kutscher für 10 Thaler engagirt hat und erst nach Beendigung der Fahrt erfährt, daß Thaler Gold gemeint gewesen sind, wird letztere zu zahlen haben, weil das negative Vertragsinteresse hier dem positiven gleichkommt (S. 344).

Eine ähnliche Bewandtniß hat es mit den durch Unkenntniß einer fremden Sprache oder technischer Ausdrücke, Fremdwörter ꝛc. veranlaßten Mißverständnissen. Daß der Franzose, welcher nach Deutschland kommt, der deutschen Sprache nicht völlig mächtig ist, kann man ihm nicht zum Vorwurf machen, wohl aber, daß er in unserer Sprache contrahirt, ohne seiner Sache völlig sicher zu sein. Bedient er sich seiner Muttersprache, so dreht sich die Sache um; er, der sich vollkommen klar und deutlich ausgedrückt hat, ist nicht in Schuld, wohl aber sein Gegner, der sich zu einer Verhandlung in französischer Sprache verstand, ohne dazu im Stande zu sein; es war an ihm, sich vorzusehen und über die richtige Auffassung der gegnerischen Aeußerungen sich die nöthige Gewißheit zu verschaffen.

Dahin gehört ferner das Mißverständniß von üblichen Zeichen, Abkürzungen [83]) u. s. w. Der Mechaniker, welcher bei S. 79.

---

83) Ein Bekannter von mir bestellte bei einem Hamburger Antiquar Bücher in dem Glauben, daß das in dessen Katalog gebrauchte Markzeichen

IV. Jahrg. Bd. IV. Veröffentlichung seines Preiscourants sich der üblichen Zeichen für Meter, Zoll, Linien u. s. w. bedient, darf erwarten, daß Jeder, der bei ihm bestellt, auch die Bedeutung derselben kenne, eine Verwechselung derselben von Seiten des letzteren kann also zwar möglicherweise den Contract nichtig machen, aber unmöglich ihn selbst von dem Vorwurf der culpa in contrahendo und deren Folgen befreien.

In allen bisher angeführten Fällen würde dagegen, wenn der Contrahent, welcher den Ausdruck oder das Zeichen in einem anderen, als dem hier am Ort oder in dieser Geschäftssphäre hergebrachten Sinn genommen zu haben behauptet, diesen Sinn wirklich kannte, auf seine angebliche Willensverschiedenheit gar keine Rücksicht zu nehmen sein. Ein dänischer Kaufmann, der mit Hamburg in Verbindung steht, kennt die Verschiedenheit des Werths von „Mark" und „Schilling" in Dänemark und Hamburg, jedenfalls würde er mit seiner Behauptung, er habe den vom Verkäufer in Schillingen angesetzten Preis in seinem Sinn verstanden, gar nicht zu hören sein.

Ich wende mich jetzt dem Fall des Versehens zu. Der Beklagte hat gewußt, was er wollte, sich also nicht geirrt, aber in Mittheilung seines Willens einen Fehler begangen, der in dem Kläger einen Irrthum über seinen, des Beklagten, Willen hervorgerufen hat und hervorrufen mußte.

Rücksichtlich des Fehlers im Ausdruck wiederhole ich die obige (S. 393) Bemerkung über die Abgrenzung des Gebiets der S. 80. Interpretation von dem des wesentlichen Irrthums. Der Schluß, daß, weil ein Theil den Ausdruck in diesem Sinn auffassen mußte, auch der andere Theil an denselben gebunden sei, ist hier ein ebenso unberechtigter, als in den obigen Fällen des Irrthums. Es kann hinterher aus den Umständen aufs Unzweifelhafteste hervorgehen, daß der Redende sich nur aus Unbeholfenheit im Ge-

---

Silbergroschen bedeutete; Käufer und Verkäufer waren hier um mehr als das Zehnfache des Preises aus einander.

brauch des Ausdruckes vergriffen hat, allein wenn der dieser Um- IV. Jahrg. Bd. IV.
stände unkundige Gegner von seinem Standpunkte aus den Ausdruck in einem völlig anderen Sinn nehmen mußte, so hieße es dem Einen wie dem Anderen Unrecht thun, wenn man hier auf dem Wege der Interpretation eine gewaltsame Einigung herbeiführen wollte. Beide haben etwas Verschiedenes gewollt und haben sich nicht geeinigt, weil sie sich nicht verstanden haben. Der Vertrag ist also nichtig, aber der Theil, welcher durch seine Unklarheit das Mißverständniß herbeigeführt hat, haftet wegen culpa in contrahendo.

Eine eigenthümliche Form kann letztere bei der Abfassung von schriftlichen Aufträgen an dritte Personen annehmen. Wer einem Anderen den Auftrag gibt, „dem Ueberbringer dieses" eine bestimmte Summe einzuhändigen, hat es seiner eignen Unvorsichtigkeit zuzuschreiben, wenn an der Stelle des beabsichtigten Ueberbringers ein Anderer, der das Papier entwendet hat, dasselbe überbringt und die Summe erhebt. Ebenso, wenn er in der Bezeichnung der Summe eine Unvorsichtigkeit beging, z. B. sie bloß in Zahlen ausdrückte, ohne sie in Buchstaben zu wiederholen, und hinter den Zahlen so viel Platz ließ, daß noch eine hinzugefügt werden konnte[84]). Das Mandat ist hier wie dort allerdings nicht S. 81.
perfect geworden, denn ein Mandat mit diesem Inhalt wollte

84) Ein einschlagender Fall, bei dem sich freilich die culpa auf beiden Seiten compensirte, ereignete sich mit einigen mir bekannten Personen. Zu einer derselben, dem A, kam ein Kellner, der ihn früher bedient hatte, theilte ihm mit, daß er, nachdem er einige Zeit krank gelegen habe, in seine Heimath zurückzureisen beabsichtige, daß ihm jedoch noch 2 fl. am Reisegeld fehlten, um die er ihn und seinen Freund B ansprechen wolle. A, der kein kleines Geld hatte, gab ihm folgendes (nicht mit einer Adresse versehene) offene Schreiben an B mit: „Lieber Freund! X bittet uns, daß wir ihm aus alter Bekanntschaft den noch fehlenden Theil seines Reisegeldes zuschießen sollen. Ich habe keine kleine Münze, gib Du ihm daher das Ganze; meine Hälfte daran bringe ich Dir morgen." X ging mit dem Schreiben zuerst zum B und bezeichnete als die ihm benöthigte Summe 3 fl., welche er erhielt, ohne daß B das Schreiben an sich nahm. Letzteres benutzte er sodann noch mit demselben Erfolg bei den gemeinschaftlichen Freunden beider C und D.

IV. Jahrg. Bd. IV. der Mandant nicht, allein seine Unvorsichtigkeit ist Schuld daran, daß der Mandatar es in diesem Sinne nehmen mußte.

Das Gesagte gilt auch für den Fall, wenn Jemand zu einem bestimmten Zwecke (z. B. um für Jemanden, wie es an manchen Orten nöthig, bei einer öffentlichen Bibliothek Caution zu leisten) ein Blanquett ausstellt, und auf das leere Blatt eine Anweisung, Bürgschaftübernahme u. s. w. gesetzt wird. Aus unserem Prinzip beantwortet sich auch die von einigen neuern Schriftstellern[85]) aufgeworfene und bejahte Frage, ob der Aussteller einer Schuldurkunde, eines Wechsels, Inhaberpapiers, dem diese Papiere wider seinen Willen abhanden gekommen sind, dem gutgläubigen Innehaber (Cessionar, Indossatar, Besitzer) dafür aufkommen müsse. Er muß es allerdings, aber nur nach Grundsätzen der culpa in contrahendo, d. h. der Empfänger erhält nur den Schaden ersetzt, also zwar, wenn er das Papier gekauft hatte, den Kaufpreis, aber, wenn es ihm geschenkt war, nichts.

Ich wende mich jetzt dem Versehen in der Mittheilung
S. 82. des Willens zu und hebe zwei Fälle besonders hervor, den der eignen schriftlichen Mittheilung und den der Bestellung derselben durch Mittelspersonen.

Daß ein Schreibfehler, insofern er wesentliche Punkte des Vertrages, z. B. die Summe, die Adresse betrifft, Nichtigkeit des Contracts und als culpa in contrahendo eine Verpflichtung zum Schadensersatz zur Folge hat, bedarf nicht der Bemerkung. Dagegen scheint es mir nöthig, hier das Erforderniß der bona fides des andern Theils vorzugsweise in Erinnerung zu bringen. Auch in den bisher behandelten Fällen konnten die Umstände von der Art sein, daß sie dem Kläger den Gedanken eines Versehens auf der andern Seite aufdrängen mußten, so z. B. wenn aus der Unverhältnißmäßigkeit der ihm gebotnen Summe hervorging, daß der andere Theil über den Werth der Münzsorte irrte. Ein Kaufmann, der von einem Kunden, welcher gewohnt war, sich

85) Bähr, Die Anerkennung S. 239 Note 3. Unger, Die rechtl. Natur der Inhaberpapiere S. 125 Note 8.

von einem Artikel nur 10—12 Pfd. kommen zu lassen, einen IV. Jahrg. Bd. IV.
Brief erhält, in dem derselbe 10 Ctr. bestellt, wird argwöhnen müssen, daß derselbe versehentlich statt des Pfundzeichens das Centnerzeichen gemacht habe, und als rechtlicher Mann sich erst durch Nachfrage über diesen Punkt vergewissern. Ebenso wenn bei Artikeln, die per „Mille" bestellt werden, z. B. Cigarren, der Auftrag auf 3 „Millionen" lautet, oder wenn bei ihm eine Bestellung einläuft, aus deren Inhalt er abnehmen muß, daß der Besteller nicht ihn, sondern einen Concurrenten gleichen Namens am selben Ort gemeint und sich nur im Vornamen versehen hat.

Auch Undeutlichkeit der Handschrift kann unter unsern Gesichtspunkt fallen, so z. B. wenn Jemand 1—2 Stück verschreibt, den Strich aber so klein und undeutlich macht, daß Jeder die Zahl für 12 halten muß, oder sich individueller Abkürzungszeichen bedient, die der Gegner nicht anders auflösen konnte, als er es gethan hat. Dagegen würde letzterer wiederum nicht entschuldigt sein, wenn bei einem von dem Andern für irgend eine Lieferung bestimmten Termin die Züge der Handschrift zwar auf S. 83.
Jan. = Januar, die Umstände aber auf Jun. = Juni deuteten.

Während bei der eignen brieflichen Mittheilung kaum ein Fall gedacht werden kann, wo die culpa nicht auf flacher Hand liegt, verhält sich dies bei der Mittheilung durch Mittelspersonen anders. Zwar wenn dem Absender aus der Wahl eines solchen Boten, z. B. eines Kindes, eines zerstreuten oder geistesschwachen Menschen der Vorwurf der culpa in eligendo gemacht werden kann, ist auch hier ein Zweifel nicht möglich. Allein sehr fraglich wird doch diese culpa, wenn er sich eines ihm als völlig zuverlässig bekannten Menschen oder gar einer Staatsanstalt: des Telegraphen bedient. Soll er hier für den durch die falsche Bestellung seines Auftrages dem Gegner erwachsenen Schaden einstehen, so müssen wir deduciren, daß in der Wahl eines solchen Mittheilungsmittels selbst bereits eine culpa lag.

Und in der That nehme ich keinen Anstand, den, der sich solcher Mittheilungsmittel bedient, schlechthin für die Zuverlässig-

IV. Jahrg. Bd. IV. keit derselben verantwortlich zu machen. Weder der Bote, noch der Telegraph gewähren die absolute Gewißheit der authentischen Uebermittelung der Erklärung, denn auch der zuverlässigste Bote kann einmal zerstreut sein oder etwas vergessen, und die Sicherheit der telegraphischen Mittheilung kann nicht bloß durch das geringste Versehen eines Beamten, sondern auch durch Gewitter, Störungen der Leitung u. s. w. gefährdet werden. Wer von einem Andern direct eine Mittheilung erhält, sei es eine mündliche oder schriftliche, hat damit die absolute Gewißheit ihrer Authenticität [86],
S. 84. und wenn der Andere sich dabei ein Versehen hat zu Schulden kommen lassen, hat er dasselbe auch zu vertreten. Die mittelbare Mittheilung hingegen verschafft dem Versehen dritter Personen Zugang, setzt den andern Theil der Nachlässigkeit, Zerstreutheit von Leuten aus, die er dieserhalb nicht belangen kann (S. 373). Es kann zwar der Verkehr dieser Formen der Mittheilung in keiner Weise entbehren, allein wer sich ihrer bedient, muß sich ihrer Trüglichkeit bewußt sein und, wenn er es nicht dennoch darauf ankommen lassen will, in welchem Fall er auch selbst die Folgen zu tragen hat, sich über die richtige Bestellung seines Auftrages noch besonders vergewissern, so z. B. bei dem Telegraphen durch Rücktelegraphirung, beim Boten durch Erkundigung auf anderem Wege, bei der Mittheilung durch einen Correspondenten durch Vorlage und Unterzeichnung des von ihm geschriebenen Briefes. Wie aber auch immerhin die Sicherungsmaßregeln zu treffen seien, jedenfalls wagt der, welcher einem, wie die tägliche Erfahrung lehrt, trügerischen Mittheilungsmittel vor dem absolut sichern der eignen mündlichen oder brieflichen Aeußerung den Vorzug gibt, diese Wahl auf eigne Gefahr [87].

Eine directe Aeußerung über unsere Frage liegt im römischen

---

86) Wer als schreibunkundig den Brief durch einen Andern schreiben läßt, haftet natürlich, als wenn er ihn selbst geschrieben, für dessen Versehen und absichtliche Entstellungen.

87) In dem S. 331 mitgetheilten Rechtsfall war daher die Verurtheilung des Absenders der telegraphischen Depesche durchaus gerechtfertigt.

Recht nicht vor, dagegen gewährt dasselbe wenigstens einen ge- IV. Jahrg. Bd. IV.
wissen Anhaltspunkt. Ich hoffe bei einer andern Gelegenheit das Prinzip nachweisen zu können, daß, wer eine Handlung, die ihm selbst obgelegen hätte, durch einen Andern ausführen läßt, schlechthin für die culpa, wer dagegen einen Andern zur Vornahme der Handlung nur auszusuchen brauchte, für dessen culpa nur dann haftet, wenn ihn selbst der Vorwurf der culpa S. 85.
in eligendo trifft[88]). Der Commodatar, der die Sache einem Andern zur Ueberbringung einhändigt, haftet schlechthin, wenn letzterer dieselbe fallen läßt, unterschlägt u. s. w., dagegen der auswärtige Kaufmann, der die bei ihm bestellten Waaren nicht selbst zu überbringen, sondern nur zu überschicken, d. h. einen Andern für das Ueberbringen auszusuchen hat, ist für nichts verantwortlich, wenn sich gegen die von ihm getroffene Wahl des Spediteurs oder Frachtfuhrmanns nichts einwenden läßt. In Anwendung dieses Unterschiedes auf unsere Frage werden wir sagen dürfen: jeder Contrahent hat seinen Willen selber zu äußern; wer sich zu dem Zweck anderer Personen bedient, thut dies auf eigne Gefahr, oder, um die Worte einer in der vorgehenden Note citirten Stelle zu benutzen, factum eorum praestare debet, cum ipse eos suo periculo adhibuerit.

Wie nun, wenn der Acceptant sich des Boten zur Uebermittlung seiner Rückäußerung bedient, und letzterer in Bestellung der Antwort eine culpa begeht?

Hier scheint sich die culpa in contrahendo auf seine Seite

---

88) S. z. B. l. 8 § 4 Mand. (17. 1) non sunt igitur excusati (tutores), quod contutori mandaverunt, quia (ipsi) emere debuerunt. l. 27 § 7 Loc. (19. 2) . . si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit. l. 7 pr. Naut. (4. 9) . . nec immerito factum eorum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit (womit zu vergleichen l. 5 § 6 de O. et A. (44. 7) . . aliquatenus culpae reus est, quod opera malorum hominum uteretur) l. 23 § 1 pro socio. Dem Obigen nach kann ich daher mit den Resultaten der kürzlich über diesen Gegenstand erschienenen Abh. von Ubbelohde in dem Archiv für prakt. Rechtsw. Bd. 7 S. 229 fl. nicht übereinstimmen.

IV. Jahrg. Bd. IV. zu neigen, jedenfalls aber eine Compensation der beiderseitigen culpa eintreten zu müssen. Oder sollte man etwa den Gesichts-
S. 86. punkt geltend machen dürfen: wer auf Verlangen mit dem Boten umgehend Antwort zurücksendet, bedient sich dabei nur des vom Gegner gewollten Mediums der Mittheilung und kann mithin letzterem die Verantwortlichkeit dafür überlassen?

Ich muß bekennen, daß ich rücksichtlich dieses Punktes meiner Sache nicht ganz sicher bin, jedoch würde ich mich jedenfalls dann für die erstere Ansicht erklären, wenn entweder die complicirte Beschaffenheit der Rückäußerung oder die Persönlichkeit des Boten, z. B. eines Kindes, den Antwortenden zu besonderer Vorsicht d. h. schriftlicher Antwort hätte veranlassen sollen.

B. Unzuverlässigkeit des Willens selbst.

1) Widerruf der Offerte bei Contractsabschließung unter Abwesenden.

Das Contrahiren unter Abwesenden ist für den Oblaten mit einer eigenthümlichen Gefahr verbunden. In dem Moment, wo er die Offerte acceptirt, kann bereits der Brief unterwegs sein, der ihn von der Rücknahme derselben in Kenntniß setzen soll, bei ihm aber erst eintreffen, nachdem er bereits den Vertrag auszuführen begonnen. Nach römischem Recht ist der Vertrag hier gar nicht zu Stande gekommen, da es im entscheidenden Moment an dem gleichzeitigen Consens beider Parteien gefehlt hat (siehe darüber die analoge Entscheidung in Note 94), der Zweck der vom Oblaten getroffenen Maßregeln ist mithin vereitelt. Um ihn gegen diese Gefahr zu schützen, haben die oben (S. 368) genannten beiden neuern Gesetzbücher dem Offerenten das Recht des Widerrufs schlechthin entzogen, was zu weit gegangen sein möchte, während der Entwurf des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs Art. 298 (jetzt H. G. B. Art. 320) den Widerruf für wirksam erklärt, wenn er vor oder mit der Offerte eintrifft, und in legislativer Beziehung halte ich diese Bestimmung, jedenfalls
S. 87. für den handelsrechtlichen Verkehr, für die geeignetste. Man könnte meinen, daß der Zeitpunkt, bis zu welchem der Widerruf

eintreffen dürfte, ohne Gefahr für den Oblaten bis zum Moment der Acceptation hätte hinausgerückt werden dürfen. Allein einen gewissen Einfluß kann doch die Offerte schon vorher ausgeübt haben. Der Oblat hat z. B. sofort, wie sie eintraf, und mit Rücksicht auf sie eine andere Offerte, auf die es umgehender Antwort bedurfte, abgelehnt, und wenn man ihm auch vom Standpunkt des bestehenden Rechts aus den Einwand der eignen Unvorsichtigkeit (S. 364) machen kann, so verdient doch von dem legislativ-politischen aus die adoptirte Behandlungsweise für den kaufmännischen Verkehr entschieden den Vorzug. Mit dem Eintreffen der Offerte ist in Gemäßheit ihrer der Empfänger völlig sicher gestellt, er kann dieselbe sofort zur Basis seiner Operationen und Dispositionen machen, und gerade diese Sicherheit ist für den Handel von unschätzbarem Werth. IV. Jahrg. Bd. IV.

Dem römischen Recht ist, wie bemerkt, diese Behandlungsweise fremd — dasselbe läßt prinzipiell den Wankelmuth zu[89]. Aber indem der Widerruf das Zustandekommen des Contracts ausschließt, wird derselbe die Ursache, daß der Oblat in Schaden geräth, und daran knüpft sich als natürliche Folge die Verpflichtung zum Schadensersatz[90]. Ob die Voraussetzungen unserer Klage hier wirklich vorhanden sind, kann höchstens hinsichtlich der culpa des Offerenten bezweifelt werden, denn im S. 88.

89) Daß derselbe in bestehenden contractlichen Verhältnissen zur Schadloshaltung verpflichtet, und daß davon kein Schluß auf entstehende Contractsverhältnisse gilt, ist bereits S. 349 bemerkt. In Anwendung auf letztere ist jedoch der (freilich nur auf das Institorenverhältniß bezügliche) Ausspruch der l. 11 § 5 de inst. act. (14. 3): sed si alius cum alio contrahi vetuit continua variatione, danda est omnibus adversus eum actio, neque enim decipi debent contrahentes, beachtenswerth und man könnte allenfalls auch auf die exc. rei venditae verweisen, welche dem Empfänger der im Auftrage des Eigenthümers tradirten Sache zusteht, wenn letzterer widerrufen, bevor zwar tradirt, aber nachdem bereits verkauft war (»si non auctor meus ex voluntate tua vendidit« l. 14 de Publ. act. 6. 2).

90) So auch Thöl, Handelsrecht I § 57 (Aufl. 3 S. 242). S. oben Note 24.

IV. Jahrg. Bd. IV. Uebrigen sind dieselben sämmtlich vorhanden: bona fides des Oblaten, Nichtigkeit des Contracts und zwar Nichtzustandekommen desselben durch einen Umstand in der Person des Offerenten. Darf man nun eine Handlungsweise von Seiten des letztern, zu der das Gesetz ihm das Recht gibt: die Rücknahme der Offerte, als culpa bezeichnen? Ich nehme keinen Anstand diese Frage zu bejahen. Auch der Mandant, der Gesellschafter haben das Recht jeder Zeit zurückzutreten, allein dies schließt an sich eine culpa in der Ausübung dieses Rechts keineswegs aus. Indem der Offerent widerruft, muß er sich sagen, daß der Adressat, wenn der Brief eintrifft, möglicherweise bereits mit Ausführung des Contracts begonnen hat; will er keinen Vorwurf auf sich laden, so muß er sich darüber, daß dies noch nicht geschehen, vorerst vergewissern oder seinen Widerruf an diese Bedingung knüpfen; unterläßt er es, so liegt darin die culpa, daß er aufs Ungewisse hin sich zu einem Schritt entschließt, der, jenachdem die Kunde davon dem Gegner noch zeitig oder zur Unzeit zukommt, letzteren gar nicht weiter berühren oder in Schaden bringen kann. Um sich selbst loszumachen, gibt also der Proponent nöthigenfalls den Gegner Preis, muthet ihm zu, das Opfer seines Wankelmuthes zu werden; neque vero, um mit einer kleinen Veränderung die Stelle in Note 89 zu benutzen, variatione voluntatis contrahentes decipi debent.

Wie in allen übrigen Anwendungsfällen setzt unsere Klage auch in diesem den äußerlich erfolgten Abschluß des
S. 89. Contracts, also Acceptation von Seiten des Oblaten voraus; wegen seiner vorher unternommenen Handlungen kann er keine Schadloshaltung verlangen (S. 364). Die Acceptation selbst braucht aber nicht immer brieflich zu geschehen. Bei Bestellungen, Aufträgen u. s. w., welche nach Absicht des Absenders sofort ausgeführt werden sollen, ohne daß er eine Rückäußerung erwartet, liegt die Acceptation bereits in dem Beginn der Ausführung [91]).

---

91) von Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts S. 311.

Der Commissionär, dem ein Auftrag zu einer Auction zukommt, IV. Jahrg. Bd. IV.
der Schuster, bei dem ein Paar Stiefeln, der Kaufmann, bei dem eine Waare bestellt wird, haben nicht nöthig erst zu antworten, daß sie die Bestellung annehmen, sie antworten nur, wenn sie dies nicht wollen oder nicht in der gewünschten Weise. So wie sie mit der Ausführung der Bestellung beginnen, acceptiren sie, ja ich möchte die (uns hier freilich nicht weiter interessirende) Frage aufwerfen, ob in diesen Fällen, wo das Stillschweigen selbst als Antwort gelten soll, nicht in ihm bereits die Acceptation gefunden werden kann. Oder sollte man z. B. dem Kutscher, bei dem man auf den folgenden Tag eine Fahrt bestellt hat, wieder abbestellen können, weil und so lange er keine Antwort geschickt und mit der Ausführung nicht begonnen hat? Worin nun immerhin die Acceptation gelegen sein möge, ob im Schweigen, Antworten oder Ausführen, kurzum erfolgt sie zu einer Zeit, zu der der Proponent bereits den Widerrufsbrief abgesandt hatte, so ist zwar der Vertrag wegen mangelnden gleichzeitigen Consenses nicht zu Stande gekommen, allein der Acceptant war vollkommen in seinem Recht, das Gegentheil anzunehmen und demgemäß zu verfahren. Ob er sich dadurch zu positiven Handlungen
oder zu einem Unterlassen bestimmen ließ, ist, wie bereits S. 345 S. 90.
bemerkt, völlig gleichgültig, es kann der nachtheilige Einfluß des vermeintlichen Contracts auch darin bestehen, daß man andere Gelegenheiten zum Abschluß desselben versäumt hat, und die rechte Zeit, um das Versäumte nachzuholen, inzwischen verstrichen ist.

2) Willensänderung bei Abschluß von Verträgen durch Mittelspersonen.

Soweit die Mitwirkung einer Mittelsperson, sei sie Bote, Stellvertreter oder Ersatzmann, überhaupt nach römischem Recht für den Mandanten Wirkungen erzeugen kann, setzt dasselbe bekanntlich als Regel volle Congruenz zwischen dem Auftrag und der Ausführung desselben voraus und zwar nicht bloß rücksichtlich des Inhalts, sondern auch rücksichtlich des Bestehens des

IV. Jahrg. Bd. IV. Willens des Mandanten im Momente der Ausführung. Ist der Auftrag überschritten oder, auch ohne daß die Mittelsperson Kunde davon erhalten, zurückgenommen, so ist die Wirkung ausgeschlossen, welche sonst eingetreten sein würde. Insofern nun im letzten Fall die dritte Person sich nicht an dem Mandatar schadlos halten kann (S. 374), befindet sie sich ganz in derselben Lage, und es entsteht für sie ganz dasselbe Schutzbedürfniß, wie in dem so eben erörterten Fall. Es wird keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, daß ihr auch hier in derselben Weise geholfen werden muß wie dort, der einzige Unterschied besteht ja nur darin, daß hier eine Person die Stelle des Briefes vertritt [92].

3) Tod des Offerenten vor der Acceptation bei Vertragsabschluß unter Abwesenden.

S. 91. Wenn in dem Moment, wo der Brief oder die Mittelsperson dem Oblaten die Offerte überbringt, der Offerent bereits verstorben ist, so ist nach der Auffassung des römischen Rechts, welches das Zusammentreffen des Willens beider Contrahenten in demselben Zeitmoment verlangt, das Zustandekommen des Vertrages ausgeschlossen. Man kann über die legislative Zweckmäßigkeit und juristische Nothwendigkeit dieser Behandlungsweise streiten, — und ich selbst stelle beide in Abrede [93]) — aber daß

---

92) Der Nürnberger Handelsgesetzentwurf Art. 45 (jetzt H. G. B. Art. 46) hilft in anderer und für den kaufmännischen Verkehr gewiß geeigneterer Weise, wenn er dem Erlöschen der Procura eine Wirkung nur dann beilegt, insofern der Dritte darum gewußt hat oder hätte wissen müssen.

93) Ich halte es für ein romanistisches Vorurtheil, wenn man diese Behandlungsweise für die juristisch allein zu rechtfertigende erklärt. Warum kann man nicht statt des Prinzips, daß der Consens beider Theile in einem und demselben Zeitpunkt zusammentreffen müsse, das entgegengesetzte aufstellen, daß die beiden Willensacte in verschiedene Zeitpunkte aus einander fallen dürfen, so daß ein späteres Nichtwollen oder Nichtwollenkönnen (Tod) des Offerenten, sei es schlechthin, sei es beschränkt (wenn der Gegner keine Kunde davon hatte) nicht weiter in Betracht komme? Es würde ein weiteres Eingehen erfordern, als an dieser Stelle zulässig wäre, um dies zu begründen. Unser Handelsgesetzbuch hat das letztere Prinzip

sie in der That die des römischen Rechts ist, steht außer Zweifel[94]). IV. Jahrg. Bd. IV.

Wenn nun der Oblat acceptirt, ohne den Tod des Offerenten zu kennen, und in dem Glauben, daß der Vertrag zu Stande gekommen, denselben ausführt, so spricht auch hier wieder die größte Billigkeit für den Ersatz des dadurch bewirkten Schadens. Aber wie den Anspruch rechtfertigen? Auf seiner Seite sind zwar die Voraussetzungen desselben sämmtlich vorhanden, allein wie läßt sich auf der anderen Seite die culpa deduciren? Man kann doch unmöglich das Sterben als culpa bezeichnen! Ich muß ein- S. 92.

---

in allen Anwendungsfällen adoptirt, nämlich rücksichtlich des Widerrufs 1) der brieflichen Offerte (Art. 320 s. oben S. 402), 2) der Vollmacht (Note 92); rücksichtlich der Einflußlosigkeit des Todes 1) bei „einem Antrag, Auftrag oder einer Vollmacht, welche von einem Kaufmann in dem Handelsgewerbe ausgegangen sind" (Art. 297), 2) bei der „Handlungsvollmacht oder Prokura" (Art. 54). Wenn übrigens der Art. 297 die Aufhebung durch Tod in dem Fall zuläßt, wenn die darauf gerichtete „Willensmeinung aus seiner Erklärung oder den Umständen hervorgeht", so muß der Gegner wegen seiner Handlungen bis zum Eintreffen der Todesnachricht schadlos gehalten werden, und würden wir hier zu unserer Klage greifen müssen.

94) Diese beiden Fälle werden denn auch in einem Verhältniß, das mit dem unsrigen die größte Aehnlichkeit hat (insofern auch bei ihm die Willensakte mehrerer Personen, die der Strenge nach in demselben Zeitmomente erfolgen müßten, sich über einen Zeitraum hinziehen), nämlich der successiven Bestellung einer Servitut von Seiten mehrerer Miteigenthümer, gleichgestellt: l. 18 Com. praed. (8. 4) . . . perindeque sit atque si eodem tempore omnes cessissent et ideo si is, qui primus cessit, vel defunctus sit vel . . partem suam alienaverit (Widerruf), post deinde socius cesserit, nihil agetur. Bedürfte es für das im Text angenommene Erforderniß des gleichzeitigen Consenses bei Verträgen unter Abwesenden eines quellenmäßigen Beleges, so würde es kaum einen geeigneteren geben, als diesen. Was die Stelle für ihren Fall sagt: tantum tempus eis remissum est, quo dare facere possunt (ut) vel diversis temporibus possint und perinde habetur, atque si postremus cedat, omnes cessissent; igitur . . actus pendebit, donec novus socius cedat paßt mit Veränderung des cedere in consentire wörtlich für den Contractsabschluß unter Abwesenden.

IV. Jahrg. Bd. IV. räumen, daß meine Theorie hier an einen Stein des Anstoßes gerathen ist, über den ich sie ohne die gewaltsamste Anstrengung nicht hinwegbringen kann. Die Schadensersatzklage in diesem Verhältniß zu versagen, dagegen lehnt sich mein Rechtsgefühl in entschiedenster Weise auf, und lieber will ich glauben, daß ich bei der Construction meiner Theorie irgend einen mir selbst nicht bekannten Fehler begangen habe, als die Klage hier auszuschließen. Soll sie aber einmal gewährt werden, so bleibt nichts übrig, als
S. 93. die culpa in folgender Weise zu deduciren. Wäre unter Anwesenden contrahirt, so hätte der Tod jenen nachtheiligen Einfluß gar nicht ausüben können. Wenn nun ein Abwesender contrahiren will, so hätte er, um den anderen Theil gegen diesen nachtheiligen Einfluß sicher zu stellen, sich persönlich zu ihm bemühen müssen; thut er es nicht, sondern wählt er statt dessen den einfacheren Weg der Mittheilung durch einen Brief oder eine Mittelsperson, so substituirt er damit im Interesse seiner Bequemlichkeit eine Form, die den Gegner der angegebenen Gefahr aussetzt. Die culpa liegt also darin, daß er statt des allein sichern Mittels der eignen mündlichen Mittheilung auf Gefahr des Gegners ein unsicheres ergreift.

4) Zurücknahme einer öffentlichen Auslobung.

Obschon öffentliche Auslobungen auch dem römischen Leben nicht unbekannt waren [95]), so hat sich doch das römische Recht, so viel uns bekannt, nie bis zu deren rechtlicher Anerkennung verstiegen. Es hätte zu diesem Zwecke den aus alter Zeit überkommenen Grundsatz: daß Rechtsgeschäfte nur in personam certam möglich sind, wie für das Eigenthum und das Erbrecht [96]), so

---

95) Apulejus Metam. lib. 6 (ed. Bipont. p. 123). Petron. Satiricon c. 97.

96) Bei jenem mittelst des jactus missilium (= traditio in personam incertam), bei diesem mittelst Zulassung letztwilliger Zuwendungen an personae incertae.

auch für das Obligationenrecht außer Anwendung setzen müssen [97]. IV. Jahrg. Bd. IV.
An Veranlassungen dazu hätte es auch ihm nicht gefehlt, namentlich gab es ein Verhältniß, bei dem die Begründung obligatorischer Ansprüche für Personen, deren individuelle Bestimmung noch S. 94.
von der Zukunft abhing, unabweisbar geboten war, nämlich die Arrogation eines Unmündigen. Der Arrogirende soll sich verpflichten, das Vermögen des Unmündigen, wenn derselbe während der Unmündigkeit stirbt, denjenigen Personen herauszugeben, an die dasselbe ohne Dazwischenkunft der Arrogation gefallen wäre. Welche Personen dies sind, läßt sich aber gegenwärtig noch nicht bestimmen, es sind personae incertae, mit ihnen kann also die Stipulation nicht abgeschlossen werden. In dieser Verlegenheit greift das römische Recht zu einer Vertretung derselben durch eine persona certa: den servus publicus; die Caution wird letzterem bestellt [98] und die Klage von ihm demnächst den Berechtigten cedirt.

Die Einschlagung dieses Umweges (mittelst dessen es übrigens auch der Auslobung die nöthige Sicherheit hätte verschaffen können) [99] zeigt, daß das römische Recht es noch nicht über sich gewinnen konnte, sich bei Begründung von Obligationen von dem Erforderniß der persona certa freizumachen. Die Gestaltung des modernen Verkehrs hat uns aber mit Gewalt über diese Beschränktheit hinweggeholfen; die Statthaftigkeit der Stellung von Obligationen in personam incertam ist eine Thatsache des heutigen Lebens, der gegenüber die Festhaltung des römischen Standpunktes nur noch bei den rein römischen Obligationsformen berechtigt ist.

---

97) Vom Standpunkt des reinen römischen Rechts aus ist es daher vollkommen consequent, wenn Savigny, Obl.-R. II. S. 90 fl. die Wirksamkeit der Auslobung auf die act. doli beschränkt.

98) l. 18 de stat. hom. (1. 7).

99) Wie dies ja auch heutzutage wohl geschieht durch Deposition der versprochenen Geldsumme bei einer öffentlichen Behörde, s. z. B. den Rechtsfall in Seuffert's Archiv für Entscheidungen u. s. w. Bd. 9 No. 275.

IV. Jahrg. Bd. IV. S. 95. Einen Anwendungsfall dieser modernen Form des Contrahirens in personam incertam enthält nun die Auslobung, und nach dem Vorgange mancher neuern Gesetzgebungen (S. 370) hat mit Recht auch die gemeinrechtliche Doctrin sich neuerdings mehr und mehr für deren Klagbarkeit erklärt. Im Uebrigen hat aber freilich die Theorie des Instituts noch keineswegs die nöthige Festigkeit erlangt, was mir namentlich bei Gelegenheit der Frage, die ich hier zu behandeln habe, fühlbar geworden ist und mir die Nöthigung auferlegt, mich mit derselben ins Klare zu setzen [100].

Der Zweck jeder Auslobung ist der, eine Leistung zu erzielen, sei es einer Person oder mehrerer, das Mittel dazu ist eine in Aussicht gestellte Belohnung, auf welche, ohne vorhergehende Acceptation, die Leistung selbst den Anspruch gewähren soll. Daraus ergibt sich, daß öffentliche Ankündigungen, welche lediglich eine Aufforderung zum Abschluß eines Contracts in gewöhnlicher Weise enthalten, gar nicht unter diesen Begriff fallen, so z. B. Aufforderungen zum Zeichnen von Actien [101]) für eine zu errichtende Eisenbahn, zum Subscribiren auf erscheinende Bücher, Ankündigung von Waaren, Büchern u. s. w. zu einem bestimmten Preise. Der Contract entsteht hier erst durch die Zeichnung, Bestellung u. s. w., und es hängt von dem Urheber der Bekanntmachung ab, nicht bloß sie selbst jeder Zeit zurückzunehmen, sondern auch Jeden, der darauf hin mit ihm contrahiren will, zurückzuweisen. Denn wo wäre sonst die Grenze seiner Haftung? Oder sollte er z. B., wenn mehr Waaren bei ihm verlangt würden, als er auf dem Lager hat, sie liefern, gleich als ob
S. 96. er bereits mit Jedem, der sich meldet, contrahirt hätte? Für das Publikum kann allerdings bei manchen Verhältnissen die Nichtein-

---

100) Außer bei von Bülow, Abh. Bd. 1 S. 271, der den Gegenstand zuerst eingehender behandelt, findet sich das Beste darüber bei Sintenis, Das prakt. gem. Civilrecht Bd. 2 § 96 Note 58, mit dessen Darstellung ich, abgesehen von den Folgen des Widerrufs, am meisten übereinstimme.

101) Seuffert, Archiv XI. No. 217.

haltung der öffentlichen Bekanntmachung mit den größten Unannehmlichkeiten verbunden sein, so namentlich bei solchen Bekanntmachungen, welche die Ordnung der öffentlichen Verkehrsmittel betreffen, den Fahrplänen der Eisenbahnen, Dampfschiffe u. s. w. Man darf an die Staatsbehörde die Anforderung stellen, daß sie bei Ertheilung der Concession zu einem derartigen Unternehmen durch Androhung von Strafen die strenge Innehaltung der veröffentlichten Pläne im Interesse des Publikums gewährleiste; allein vom Standpunkt des Privatrechts läßt sich gegen jene Gefahr keine Hülfe schaffen. So wie der Buchhändler, bei dem man auf Grund seiner Ankündigung ein Buch bestellen will, erst verpflichtet wird, wenn er die Bestellung annimmt, so auch die Eisenbahnverwaltung erst, wenn das Billet gelöst ist; bis dahin kann Niemand einen Anspruch gegen sie geltend machen, möge immerhin der Nachtheil, den man durch das fahrplanwidrige Aussetzen einer Fahrt erlitten hat, auch noch so groß und evident sein[102]. Man gelangt sonst dahin, daß bereits die bloße *Absicht*, mit einer solchen Anstalt zu contrahiren — und etwas weiteres liegt ja vor Lösung des Billets nicht vor — einen Anspruch gewähren würde, und es könnten sich bei Ausfall einer Fahrt Hunderte und Tausende melden, welche angeblich die Absicht gehabt haben wollten mitzufahren. IV. Jahrg. Bd. IV.

Ganz anders aber stellt sich die Sache bei der Auslobung. Denn während in den soeben betrachteten Verhältnissen eine *Offerte* überall noch nicht vorliegt, sondern nur die Aufforderung an das Publikum, auf Grund der Ankündigung seinerseits *Offerten zu machen*[103], verhält sich dies bei der Auslobung S. 97.

102) Es ist z. B. Jemand weither zu einem bestimmten Tage nach einem Seehafen gekommen, um das auf diesen Tag angesetzte Dampfschiff nach Amerika zu benutzen und muß hier jetzt 14 Tage bis zur nächsten Fahrt warten. Als vorsichtiger Mann hätte er sich das Billet bereits vorher sichern müssen.

103) Es ist also im Wesentlichen derselbe Hergang, wie bei der Auction, nur mit dem Unterschiede, daß dort der Preis, um den der Ausbietende die Sache feil hat, bereits vorher bestimmt ist. In beiden Fällen wird die Aufforderung zu contrahiren in personam incertam gerichtet, und wer dersel-

IV. Jahrg. Bd. IV. entgegengesetzt. Nach Absicht des Auslobenden will er sich die Entscheidung darüber, ob und mit wem contrahirt werden soll, nicht weiter vorbehalten, sondern wer auch immerhin die Leistung vollbringt, soll sein Gläubiger sein, die Leistung selbst also soll als Acceptation gelten.

Vergleichen wir das Verhältniß mit den gewöhnlichen Formen des Contrahirens, so könnte es scheinen, als ob es ein zweiseitiger Contract sei, bei dem beide Theile leisten, und bei dem das Abweichende nur in der Unbestimmtheit der persönlichen Richtung der Offerte liege. Dies ist jedoch unrichtig, denn bei einem zweiseitigen Contract werden zunächst beide Theile, bevor sie leisten, zur Leistung obligirt, hier hingegen entsteht in der Person des Bewerbers überall keine Verpflichtung, weder vor noch nach der Leistung. Wir werden also mit Nothwendigkeit auf den Gesichtspunkt des einseitigen Versprechens gewiesen. Die scheinbare Doppelseitigkeit der Leistung ist hier keine andere, als bei dem bedingten Versprechen, die Leistung des einen Theils fällt unter den Gesichtspunkt der Erfüllung der Bedingung; ob man
S. 98 einer bestimmten Person 10 fl. verspricht, wenn sie den verloren gegangenen Hund wiederbringt, oder einer unbestimmten, macht abgesehen von dieser Verschiedenheit in der Bestimmung der Person keinen Unterschied. Daraus folgt, daß auch für dieses bedingte Versprechen die Grundsätze des römischen Rechts über die Bedingungen Platz greifen, namentlich also auch über die Vereitlung der Erfüllung der Bedingung der Satz: quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fit, quominus impleatur, perinde haberi debet, ac si impleta conditio fuisset [104]). Während aber bei dem gewöhnlichen bedingten Versprechen Acceptation und Erfüllung der Bedingung aus einander

---

den entspricht, bietet, offerirt, und der Ausbietende acceptirt, während bei der Auslobung letzterer offerirt und der Leistende acceptirt.

104) l. 161 de R. J. (50. 17). So z. B. in dem Fall, wenn der Auslobende die eingegangenen Preisschriften den im Voraus ernannten Preisrichtern nicht mittheilen will.

gehen, fallen sie hier zusammen, die Leistung bestimmt den Gläu- IV. Jahrg. Bd. IV.
biger, enthält die Acceptation und die Erfüllung der Bedingung.

Bei einem gewöhnlichen bedingten Versprechen kann die Bedingung sowohl in einem Ereigniß als in einer Handlung des Gläubigers bestehen; ist dies auch hier möglich? Es wäre an sich denkbar, daß man z. B. demjenigen, der in dieser Stadt das hundertste Jahr erreichte, oder den in derselben zuerst geboren werdenden Drillingen mit verbindlicher Kraft eine Unterstützung aussetzen könnte. Allein der Verkehr erfordert diese Ausdehnung des Instituts nicht, er hat vielmehr überall und in allen Anwendungen, die er ihm gegeben, die Grenze der Potestativbedingung innegehalten. Es soll durch die Auslobung ein Handeln, eine Leistung erzielt werden; welcher Art, ist vollkommen gleichgültig, sie kann also in einem dare oder facere z. B. auch in dem bloßen Erscheinen bei einem Leichenbegängniß, in der ersten Ueberbringung einer Nachricht u. s. w. bestehen[105]. Ebenso S. 99.
gleichgültig ist, welches Interesse der Auslobende an der Erfüllung der Bedingung hat, ob er sie in seinem oder im öffentlichen Interesse gestellt hat. Darum kann ich es auch nicht billigen, wenn man in dem Fall, wo derselbe an der Nichterfüllung der Bedingung ein Interesse hat, wie z. B. wenn ein Fabrikant eine Prämie aussetzt für den Nachweis, daß sein Fabrikat die gerühmten Eigenschaften nicht habe, der Auslobung ihre Wirksamkeit versagen will. Ganz abgesehen davon, daß das Publikum nicht immer wissen kann, wie es sich mit diesem Interesse verhält, und ob z. B. nicht der Brunnenpächter, dem von der Brunnenverwaltung die Abwesenheit eines gewissen schädlichen Stoffes im Mineralwasser garantirt ist, jetzt, nachdem sich im Publikum das Gerücht von dem Vorhandensein eines solchen verbreitet und damit seinen Absatz beträchtlich geschmälert hat, das größte Interesse daran

105) Es gehören auch die ausgesetzten Preise bei öffentlichen gymnastischen Uebungen, Volkslustbarkeiten, Viehschauen, Wettrennen u. s. w. hierher.

IV. Jahrg. Bd. IV. hat, dies Vorhandensein zu constatiren, um seinen Contract kündigen zu können — ganz abgesehen davon ist dies mit den allein hier entscheidenden Grundsätzen über die Bedingungen durchaus nicht verträglich, und ohne der reinen Willkür zu verfallen, dürfen wir uns von diesem vom Recht selbst gegebenen wichtigen Anhaltspunkt nicht entfernen. Wer nicht aus einem einer bestimmten Person geleisteten derartigen Versprechen die Klage versagen will, darf es auch hier nicht, denn die Gründe, mit denen man die verbindliche Kraft in dem einen Fall zu bestreiten versuchen möchte, passen ganz auch für den anderen. Daß der Auslobende an dem Nichteintritt der Bedingung ein Interesse hat, kann doch hier S. 100. so wenig wie bei der Wette dahin führen, seinem Versprechen die verbindende Kraft abzusprechen; wer wettet, verspricht ebenfalls etwas unter einer Bedingung und wünscht deren Nichteintritt. Was ist es aber anderes, als eine einseitige halbe Wette (d. h. bei der bloß der eine Theil für die Wahrheit seiner Behauptung etwas aussetzt), wenn Jemand dem Andern für den Fall eine Belohnung zusichert, daß er ihm in einem bestimmten Stoff eine angeblich nicht darin befindliche Substanz nachweist, und wer wird Anstand nehmen, da die Wetten bei uns — leider! — klagbar sind, innerhalb der Grenzen, die das richterliche Ermessen hier rücksichtlich der Summe hat, auch bei einer solchen einseitigen Wette dem Gewinnenden einen Anspruch zuzuerkennen? Wenn aber einmal die Zulässigkeit des bedingten Versprechens in personam incertam einerseits und die Klagbarkeit der Wette andererseits anerkannt ist, so sehe ich nicht ab, warum die Combination beider: die einseitige Wette in personam incertam — die Popularwette — nicht klagbar sein sollte. In einem ihrer Anwendungsfälle wird man es überhaupt schwerlich bezweifeln, wenigstens sind mir bestätigende Entscheidungen bekannt; es ist dies der Fall einer von öffentlich auftretenden Gymnasten auf ihre Besiegung ausgesetzten Prämie. Was man aber für diesen Fall zuläßt, kann man ohne Inconsequenz für andere nicht ausschließen.

Ist die Auslobung ein bedingtes Versprechen, so folgt

daraus, daß **unbedingte** Zusicherungen an unbestimmte Personen keine Obligation erzeugen, so z. B. öffentlich angekündigte Vertheilungen von Brennholz an Arme. Der Ankündiger kann hier, wie in den obigen Fällen (S. 411) nicht bloß die Zusicherung selbst jeder Zeit zurücknehmen, sondern auch ganz nach Gutdünken den einzelnen Bewerber abweisen. IV. Jahrg. Bd. IV.

Wie nun einerseits Alles, was Gegenstand einer Potestativbedingung sein kann, sich zur **Leistung** des **einen** Theils, so eignet sich Alles, was Gegenstand eines **Versprechens** sein kann, zur **Gegenleistung** des anderen Theils, also nicht bloß ein dare, sondern auch ein facere jeder Art (z. B. das Versprechen der Erziehung, unentgeltlicher Wohnung). S. 101.

Aus dem **Zweck** der Auslobung als einer Aufforderung an das Publikum ergibt sich die **öffentliche Bekanntmachung** derselben. Die Form ist gleichgültig, sie kann also in der eigenen mündlichen Mittheilung an das Publikum bestehen (so z. B. bei der Aufforderung des Gymnasten zum öffentlichen Wettkampf), in der durch öffentliche Ausrufer oder durch die Presse.

Dem Bisherigen nach können wir die Auslobung als ein auf eine Potestativbedingung gestelltes und in personam incertam gerichtetes einseitiges Versprechen oder, das letztere Moment mit einem Wort ausgedrückt, als **Popularversprechen** bezeichnen, welches acceptirt werden soll durch Erfüllung der Bedingung. Da vor der Acceptation noch Niemand einen Anspruch daraus erworben hat, so läßt sich von vornherein die Berechtigung des Promittenten zur Zurücknahme seines Versprechens nicht in Abrede stellen. Andererseits enthält aber diese Möglichkeit eine solche Gefährdung aller Personen, welche sich bereits der Lösung der gestellten Aufgabe unterzogen haben, daß man, ohne mittelst dieser Unsicherheit den praktischen Werth des Instituts gänzlich aufzuheben, das Publikum gegen eine solche Gefahr sicher stellen muß. Diese Sicherstellung ist in verschiedener Weise versucht worden, nämlich

1) **durch völlige Untersagung der Zurücknahme**. So im preußischen Landrecht. Es läßt sich nicht läugnen, daß

IV. Jahrg. Bd. IV. diese Behandlungsweise den Vorzug der größten Einfachheit für S. 102. sich hat und sich auch juristisch durch die Analogie der Stiftungen rechtfertigen läßt. Eine Stiftung ist ja ebenfalls nichts Anderes als Aussetzung von Geld oder Gut in personam incertam. Eine Potestativbedingung ist auch bei ihr nicht ausgeschlossen, und der ganze Unterschied würde sich also darauf reduciren, daß die Auslobung sich mit einem Male consumirt, die Stiftung aber repetirt. Eine einmal ausgesetzte Preisfrage ist eine Auslobung, ein Fond zur periodischen Aussetzung von Preisfragen eine Stiftung. Wenn aber der Staat als Vormund der personae incertae es bei der letztern für nöthig erachtet, sie der Willkür des Gebers zu entziehen, so kann man es nicht für ungehörig erklären, daß er dasselbe auch bei der Auslobung thut.

Andererseits aber sind doch auch gegen diese Behandlungsweise gewichtige Bedenken erhoben worden[106]. Die Umstände, welche dem Auslobenden die von ihm durch die Auslobung erzielte Leistung wünschenswerth machten, können sich ändern, der Hund z. B., auf dessen Wiederverschaffung er einen Lohn gesetzt hat, ist toll geworden, die Brunnenpachtung im obigen Fall (S. 413) ist ihm gekündigt. So lange noch res integra ist d. h. Niemand sich zur Beschaffung der Leistung angeschickt hat, wird kein reelles Interesse durch die Rücknahme der Auslobung verletzt.

Auf dem Wege theoretischer Deduction, auf den die gemeinrechtliche Doctrin angewiesen ist, läßt sich diese Unwiderruflichkeit der Auslobung nicht gewinnen, auf ihm gelangt man im Gegentheil zur Statuirung des beliebigen Widerrufs bis zum Moment der erfüllten Bedingung. Aber andererseits hat sich doch die S. 103. gemeinrechtliche Doctrin nicht verhehlen können, daß es für die dadurch gefährdeten Interessen dritter Personen eines Schutzes bedürfe[107]. Dies führt uns auf die zweite der hier denkbaren Behandlungsweisen:

---

106) Bornemann, System. Darstellung des preuß. Civilrechts III § 206 (Aufl. 2 S. 194).

107) Schweppe, Das röm. Privatrecht Bd. 3 § 504 (Aufl. 4) läßt

2) die Unwirksamkeit des Widerrufs gegenüber denen, welche bereits die Vorbereitungen zur Leistung getroffen haben. Die Vertheidiger dieser Ansicht 108) stützen dieselbe darauf, daß in diesen Schritten bereits eine Acceptation enthalten sei, und dadurch auf Seiten des Gegners die Verpflichtung begründet werde, den Erfolg abzuwarten, welcher denn schließlich über den Anspruch entscheide. IV. Jahrg. Bd. IV.

Ich kann dieser Ansicht nicht beipflichten. Sie scheint hervorgegangen zu sein aus der Annahme, daß die Preisbewerber sonst völlig schutzlos sein würden 109) — eine Annahme, deren Grundlosigkeit ich sofort nachzuweisen hoffe — und sie steht und fällt mit der Frage: ob man in jenen vorbereitenden Schritten bereits eine Acceptation finden dürfe. Ich kann mich dazu nicht entschließen. Die Acceptation ist erst erfolgt mit der wirklichen Erfüllung der Bedingung, alle vorbereitenden Maßregeln können also höchstens als Schritte zur Acceptation, nicht als Acceptation selber, ja nicht einmal als Beginn derselben gelten. — Denn wer verbürgt den Erfolg dieser Schritte oder nur einmal die fernere Fortsetzung der Thätigkeit? Ist die Acceptation aber bloß S. 104.
angestrebt oder vorbereitet, so kann man ihr noch nicht die Wirkung beilegen, den Offerenten zu binden. Jene Ansicht kömmt also in Wirklichkeit darauf hinaus, den Rechtssatz, den sie aufstellt, anstatt zu deduciren, zu postuliren.

Ist dies Postulat nöthig? Darauf möge die folgende Ansicht 110) die Antwort geben.

---

freilich die Auslobung bis zur Leistung des Dienstes, „weil ein Vertrag bis dahin gar nicht stattfindet," schlechthin widerruflich sein, ebenso Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilr. Bd. 2 § 238 (Aufl. 4).

108) Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd I S. 53, Puchta, Pandekten § 259, Sintenis a. a. O., Arndts, Pandekten § 241.

109) Sintenis a. a. O., „indem er sonst durch Aufwand in Nachtheil gerathen würde".

110) von Savigny, Obligationenrecht II S. 90 gelangt vom Standpunkt der act. doli aus zu demselben Resultat.

IV. Jahrg. Bd. IV. 3) Zulässigkeit der Zurücknahme der Auslobung, aber mit Verpflichtung zum Schadensersatz wegen culpa in contrahendo.

Die Lage des Bewerbers, den mitten in seiner Thätigkeit der Widerruf der Auslobung überrascht, ist keine andere als die eines Acceptanten bei Verträgen unter Abwesenden, der in gleicher Weise durch den Widerruf der Offerte betroffen wird. Beide haben im Vertrauen auf das Wort des Offerenten das, was er wünschte, unternommen und müssen jetzt die Erfahrung machen, daß ihnen der Erfolg, den sie sich davon versprachen, durch Willensänderung des anderen Theils vereitelt ist. So wie in dem einen Fall mußte der Offerent auch in dem anderen Fall sich bei seinem Widerruf die Möglichkeit einer solchen nachtheiligen Wirkung desselben vergegenwärtigen; wenn er es dennoch darauf wagt, so setzt er damit die Rücksichten außer Augen, die er beim Contrahiren gegen den anderen Theil nehmen soll d. h. er begeht eine culpa in contrahendo. In beiden Fällen greift sein Widerruf in ein noch in der Entstehung begriffenes contractliches Verhältniß ein, vereitelt durch Verhinderung dieser Entstehung die von ihm selbst gewünschte und veranlaßte Thätigkeit des andern Theils. Man
S. 105. lasse sich nur durch eine Verschiedenheit in der factischen Gestaltung beider Fälle nicht täuschen. Bei Verträgen unter Abwesenden erzeugt das Handeln auf Grund einer noch nicht acceptirten Offerte keinen Schadensersatzanspruch (S. 364); warum denn hier? Der Grund dieser Verschiedenheit liegt auf der Hand. Wenn dort der Oblat einen solchen Anspruch geltend machen wollte, so dürfte der Offerent ihm entgegnen: warum hast du nicht, bevor du zu handeln anfingst, die Offerte acceptirt? Du hattest das Mittel, dich sicher zu stellen, in Händen und hast es nicht benutzt, die nachtheiligen Folgen deines verfrühten Handelns hast du nicht mir, sondern dir selber zuzuschreiben. Der Auslobende hingegen kann dem Bewerber diesen Vorwurf nicht machen, denn letzterer kann und soll gar nicht erst mit Worten acceptiren, sondern sofort mit der That beginnen. Bei Verträgen wie Auslobungen

haftet der Widerrufende, der den Andern zu einem contractlichen IV. Jahrg. Bd. IV.
Handeln inducirt hat, aber bei jenen läßt sich von einem Induciren nur sprechen, wenn der Oblat, ohne den Widerruf zu kennen, acceptirt hat, bei diesen ist eine vorherige Acceptation durch den Willen des Auslobenden und den Zweck des Geschäfts ausgeschlossen.

Es ergibt sich aus dem Bisherigen, daß der Bewerber nicht den Nachweis zu führen hat, daß seine Handlungen auch wirklich den gehofften Erfolg gehabt haben würden. Dies läßt sich in vielen Fällen, wo zu dem Zweck eine Concurrenz der Preisbewerber hätte stattfinden müssen, aber wegen Rücknahme der Auslobung im Voraus verhindert ist, gar nicht nachweisen.

Dagegen schließt hier, wie in allen Fällen der culpa in contrahendo, die eigne culpa den Anspruch auf Schadensersatz aus. Wenn also z. B. Jemand sich mit einem völlig untauglichen Pferde zu einem unter Aussetzung von Prämien ausgeschriebe- S. 106.
nen Wettrennen einfindet, so kann er, wenn er erst jetzt erfährt, daß dasselbe verlegt ist, seine Reisekosten nicht ersetzt verlangen. Ebenso würde ich den Anspruch dann versagen, wenn der Auslobende sich zu dem Beweis erbietet, daß die Handlungen des Klägers auch bei unterlassener Rücknahme der Offerte gar keinen Erfolg gehabt haben würden, hier ist letzterer durch die Rücknahme gar nicht in Schaden gekommen, und das ist ja die Voraussetzung unserer Klage.

Ein anderer Anwendungsfall dieser Klage, zu dem die Auslobung Veranlassung geben kann, ist bereits oben (S. 370) bemerkt, und habe ich hier nichts weiter hinzuzufügen.

Ich schließe diese Abhandlung mit der Hoffnung, daß mir trotz der Sorgfalt, die ich auf die Sammlung der hierher gehörigen Fälle verwandt habe, noch manche entgangen sein mögen, und richte an Jeden, der in der Lage ist, mir einen Beitrag zu liefern, die Bitte, mir denselben zukommen zu lassen, damit ich ihn für eine etwaige spätere Revision dieser Lehre benutzen kann.

IV. Jahrg. Bd. IV.

Nachtrag.

Während des Druckes der Abhandlung geht mir das erste Heft vom 43. Bande des Archivs für civil. Praxis zu, worin sich S. 94—120 ein Aufsatz von Herrn Professor Fuchs in Marburg: „Einige Fragen aus dem Telegraphenrechte" befindet, der unter Bezugnahme auf eine bereits im vorigen Jahre erschienene, mir bisher entgangene Abhandlung von Reyscher in der Zeitschr.
S. 107. für deutsches Recht Bd. 19 S. 271—320: „Das Telegraphenrecht, insbesondere die Haftpflicht aus unrichtiger oder verspäteter Telegraphirung" und S. 456—477: „Urtheil des Landgerichts zu Cöln vom 28. Juli 1856, die Haftpflicht bei telegraphischen Briefen betreffend, mit Anmerkungen von Reyscher", den oben (S. 331 u. 399) besprochenen Depeschenfall behandelt. Obschon beide Abhandlungen mir keinen Anlaß geben, an meiner obigen Darstellung etwas zu ändern, so halte ich es doch der literarischen Vollständigkeit wegen für nöthig, sie hier noch nachträglich zu berücksichtigen.

Reyscher ist mit dem Urtheil des Landgerichts zu Cöln darin einverstanden, daß der wesentliche Irrthum in diesem Fall das Zustandekommen des Vertrages ausgeschlossen habe (S. 290), dagegen will er (S. 292 u. 472) den Grund, auf welchen das Gericht die Verurtheilung gestützt hat, nämlich die Haftung des Beklagten wegen der Verschuldung in der Wahl der Beförderungsmittel, nicht anerkennen. Die Worte der Entscheidungsgründe lauten:

> „In Erwägung, daß die elektrisch-magnetische Telegraphie zur Zeit noch ein mehr oder weniger ungenaues und unzuverlässiges Verkehrsmittel bildet, weil sowohl die bewegende Kraft und die ihr entgegenwirkenden, hemmenden und verzögernden Einflüsse noch nicht gehörig bekannt sind, als auch abgesehen von den rein mechanischen Operationen die Thätigkeit des dabei beschäftigten Personals wegen der ungewöhnlichen Eile und Schnelligkeit, worauf dasselbe der

Natur der Sache nach angewiesen ist, leicht zu Versehen, IV. Jahrg. Bd. IV.
Irrungen und Mißverständnissen Anlaß geben kann, weshalb denn auch sämmtliche Staaten, in deren Händen sich das Telegraphenwesen bisher befindet, jede Garantie ausgeschlossen haben, daß daher derjenige, welcher sich dieses unsichern Mittels zu seiner Korrespondenz bedient und die Vorsichtsmaßregeln, welche zur Vergewisserung der richtigen Ueber- S. 108.
mittlung vorhanden sind, unterläßt, sich die Folgen von eintretenden Störungen und Irrungen selbst zuschreiben und den Andern dadurch verursachten Schaden ersetzen muß (Art. 1382 B. G. B.)" u. s. w.

Das erkennende Gericht ist also, wie man sieht, im Wesentlichen von demselben Gesichtspunkt ausgegangen, den ich zu begründen versucht habe, dem der culpa, nur daß es freilich über die Frage, ob die culpa hier als außercontractliche (welche letztere der citirte Art. 1382 allein im Auge hat) oder als contractliche aufzufassen sei, sich nicht näher erklärt.

Reyscher bestreitet die Zulässigkeit dieses Gesichtspunktes. Denn wenn auch die Mittheilnng durch Telegraph nicht diejenige Sicherheit darbiete, wie ein schriftlicher Briefwechsel, so könne man doch Niemanden aus der Benutzung des als Verkehrsmittel von der kaufmännischen, ja von aller Welt, auch von öffentlichen Behörden angenommenen und obschon weniger sicheren, als die Post, doch geradezu unentbehrlichen Telegraphen einen Vorwurf machen. Die „ungewöhnliche Eile und Schnelligkeit, worauf das dabei beschäftigte Personal der Natur der Sache nach angewiesen sei," komme bei Posten und Eisenbahnen nicht minder vor, könne aber eine Verantwortung dafür nicht auf den Absender werfen. Und wenn der Adressat das Telegramm angenommen und ausgeführt habe und sich selbst des Telegraphen bediene, wie könne er dem Absender eben daraus einen Vorwurf machen? Die von Koch, Deutsches Eisenbahnrecht Abth. 2 S. 351 Note 3, geltend gemachte Analogie der Verantwortlichkeit des Absenders eines Boten für dessen Versehen weist Reyscher zurück, indem er diese Haft-

IV. Jahrg. Bd. IV. barkeit bestreitet. „Wer einem falschen Boten vertraut oder einem wirklichen Boten weiter Gehör gibt, als dieser beglaubigt ist, hat
S. 109. sich selbst die Schuld seiner Leichtgläubigkeit beizumessen; er kann sich nur an denjenigen halten, der ihn getäuscht hat.“ Bei allen Irrungen in der Depesche, betreffen sie Adresse, Namen des Absenders oder Inhalt, komme der Vertrag nur scheinbar zu Stande, der Absender aber hafte nur für seine wirkliche Willenserklärung. Eine Modification trete nur ein, wenn letzterer die Gefahr des Versehens übernommen, was stillschweigend durch Auftrag zu sofortiger Ausführung des Auftrags geschehe und bei einem fortdauernden Vertragsverhältniß des Adressaten zum Absender (namentlich als Commissionär oder Diener desselben) zu präsumiren sei. Ebenso, wenn er z. B. durch undeutliche Handschrift den Irrthum des Telegraphisten verschuldet habe. Dagegen könne man in der Unterlassung der Collationirung durch Zurücktelegraphirung der Depesche eine Verschuldung von seiner Seite nicht finden, indem diese Collationirung in dem Reglement des deutsch-österreichischen Telegraphen-Vereins von 1857 nicht mehr vorgesehen sei.

Nach dem Eindruck des ersten Aufsatzes von Reyscher zu urtheilen, würde ich geglaubt haben (so auch Fuchs a. a. O. S. 101 Note 10), daß er die Entscheidung des Cölner Gerichts mißbillige, allein im zweiten Aufsatz S. 477 erklärt er sich mit derselben einverstanden, indem er den Grund geltend macht: das Cölner Haus habe dadurch, daß es einen unverkennbar eiligen Auftrag ertheilte, die Verantwortlichkeit für mögliche Unrichtigkeiten der Telegraphirung stillschweigend übernommen; eine Rücktelegraphirung von Seiten des Klägers sei den Umständen nach gar nicht mehr möglich gewesen, indem der damit verbundene Zeitaufschub die Ausführung des aufgetragenen Geschäfts geradezu verhindert haben würde.

Fuchs sucht allgemein den Satz zu begründen, daß, wenn durch unrichtige Telegraphirung ein Schaden entstehe, diesen der
S. 110. Absender, nicht der Empfänger zu tragen habe. Mittelst des

Gesichtspunktes der culpa lasse sich zwar dieser Satz nicht dedu- IV. Jahrg. Bd. IV.
ciren, indem der Telegraph wegen der das Risiko weit überwiegenden, auf anderem Wege schlechterdings nicht zu erreichenden Vortheile im allgemeinen Verkehr ein übliches Correspondenzmittel geworden sei, „diese Eigenschaft aber für dessen Anwendung den Begriff der culpa ausschließe," andererseits aber die Unterlassung der Collationirung durch Rücktelegraphirung als einer außerhalb der Grenzen gewöhnlicher Umsicht liegenden Maßregel dem Absender nicht zum Vorwurf gemacht werden könne. Die Haftung lasse sich vielmehr nur so begründen, daß der Absender die Depesche, wie sie abgegeben werde, als seine Aeußerung anerkenne und für den „Vortheil der Schnelligkeit, welchen ihm in diesem Maße kein anderer Communicationsweg zu bieten vermöge, das Risiko, welches die telegraphische Correspondenz ihrer technischen Einrichtung gemäß nothwendig im Gefolge habe, mit in den Kauf nehmen müsse". Durch die Wahl dieses Correspondenzwegs übernehme er stets stillschweigend die Gefahr — nicht weil er sie verschuldet, sondern weil er sie in seinem eignen Interesse veranlaßt habe. Diese stillschweigende Garantieübernahme sei in allen Fällen anzunehmen, nicht bloß in denen, auf welche Reyscher sie beschränke. Der Auftrag zum sofortigen Handeln liege stillschweigend in jeder Depesche, nämlich darin, daß man sich ihrer und nicht der brieflichen Mittheilung bedient habe, und, ob Absender und Adressat in einem dauernden oder vorübergehenden Verhältniß ständen, könne nichts releviren, indem, wenn einmal der Gesichtspunkt, daß die Entstellung der Depesche den Consens und damit die Haftung ausschließe, der maßgebende wäre, derselbe in dem einen Fall nicht minder, als im andern zur Anwendung gelangen müßte.

Wenn man den von Reyscher aufgestellten Gesichtspunkt S. 111.
einer stillschweigenden Garantieübernahme überhaupt für anwendbar hält, so ist es nur zu billigen, wenn Fuchs denselben in allen Fällen telegraphischer Mittheilung zur Geltung bringen will, und ich stimme letzterem in Allem, was er gegen Reyscher

IV. Jahrg. Bd. IV. sagt, vollkommen bei. Durch das jedoch, was beide gegen den von dem Cölner Gericht und unabhängig davon von mir benutzten Gesichtspunkt der culpa vorbringen, habe ich mich von der Irrigkeit desselben nicht zu überzeugen vermocht. Denn

1) der Umstand, daß die Benutzung des Telegraphen allgemein üblich, ja unentbehrlich ist, schließt seine Eigenschaft als eines unsicheren, trügerischen Mittels der Mittheilung nicht aus. Im Leben bedient man sich gewiß nicht minder selten, wenn nicht noch häufiger des Boten, und wenn man den Maßstab darnach nimmt, was allgemein geschieht, so läßt sich der Gebrauch beider Mittel gewiß nicht als culpa bezeichnen. Allein wenn man seinen Maßstab nach der Tauglichkeit dieser Mittel bestimmt, so muß man eingestehen, daß beide an Zuverlässigkeit hinter der eignen mündlichen oder schriftlichen Mittheilung weit zurückstehen, und daß, wer sich ihrer bedient, es darauf wagt, riskirt. Er „veranlaßt", wie Fuchs selbst sich ausdrückt, „die Gefahr"; ich wüßte nicht, warum man nicht sagen dürfte: er hat sie verschuldet. Er hatte die Wahl zwischen einem absolut sichern und einem erfahrungsmäßig unzuverlässigen Mittel; im eignen Interesse entscheidet er sich für letzteres und gefährdet damit den andern Contrahenten — ist dies keine culpa?

2) Daß das Reglement von 1857 die Collationirung hat hinwegfallen lassen, hat nur den Sinn, daß dieselbe nicht mehr
S. 112. für den einfachen Gebührenansatz verlangt werden kann, nicht aber den, daß der Absender der Depesche, wenn er auf Rücktelegraphirung besteht und für letztere als eine zweite Depesche ebenfalls die Gebühren bezahlt, sie nicht erreichen könnte. Unterläßt er der Kostenersparniß wegen diese Vorsichtsmaßregel, so trifft ihn der Vorwurf, das einzig ausreichende Mittel zur Abwendung eines Irrthums unbenutzt gelassen zu haben, und ich kann auch hier wiederum darin, daß diese Unvorsichtigkeit allgemein ist, keinen Grund erblicken, sie nicht als culpa zu bezeichnen.

Wenn übrigens Reyscher den Absender eines Boten schlechthin von aller Verantwortlichkeit für dessen Versehen freisprechen will, so möchte ich fragen, warum dieselben Voraussetzungen, unter denen er den Absender der Depesche für haftbar erklärt, nicht auch im Fall des Boten dieselbe Wirkung begründen sollen. Die Lage des Adressaten, dem durch das eine oder andere Medium der Auftrag zu sofortigem Handeln zukömmt, ist ja in beiden Fällen ganz dieselbe, hier wie dort konnte und sollte er sich nicht erst durch Nachfrage beim Absender über die Authenticität der Meldung vergewissern. Oder soll der Kutscher, statt, wie die Bestellung lautet, sofort anzuspannen, erst Jemanden schicken, um sich zu überzeugen, daß der Bote sich nicht versehen hat? Meiner Ansicht nach hat Koch, indem er beide Fälle völlig gleichstellt, vollkommen das Richtige getroffen, und ebenso hat der Absender der Depesche in dem von ihm mitgetheilten Fall dadurch, daß er seine Ersatzverbindlichkeit aus freien Stücken anerkannte, nur bewährt, daß das gesunde Rechtsgefühl des Laien in der Regel mit dem, was die Jurisprudenz erst auf dem Wege mühsamer theoretischer Deduction zu begründen vermag, zusammentrifft.

IV. Jahrg. Bd. IV.

VII. Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract.

(Siehe S. 291).

II. Beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände geht die Gefahr nicht mit der Ausscheidung, sondern mit dem Momente über, wo der Verkäufer seinerseits Alles gethan hat, was ihm contractlich oblag.

I. Die Frage.

IV. Jahrg. Bd. IV. Allgemein lehrt man heutzutage, daß beim Verkauf generisch S. 366. bestimmter Fungibilien die Gefahr auf den Käufer mit der Ausscheidung übergehe, möge dieselbe in Gegenwart des Käufers durch Zumessen, Zuwägen u. s. w. erfolgen oder in Abwesenheit desselben durch Abmessen, Abwägen und die daran sich reihende S. 367. Versendung, und bis vor Kurzem war ich selbst von der Richtigkeit dieser Lehre vollkommen überzeugt. Mit der Ausscheidung verwandelt sich das generisch bestimmte Object in eine Spezies, es ist jetzt nicht mehr ein Centner Kaffee, ein Ohm Wein, sondern dieser Centner Kaffee, dieses Ohm Wein, und wie erst mit dieser Verwandlung des Genus in eine Spezies dem Casus der Zutritt zum Contract eröffnet ist, so muß andererseits auch die Regel des römischen Rechts Platz greifen, daß der Untergang der Spezies auf Gefahr des Käufers geht.

Indem ich mich anschicke, diesen auf den ersten Blick so einleuchtenden Schluß zu bekämpfen, halte ich es für angemessen,

den Leser denselben Weg zu führen, auf dem ich zur Ueberzeugung IV. Jahrg. Bd. IV.
von der Irrigkeit desselben gelangt bin.

Auch dies Mal war es wiederum, wie bei meinem ersten Beitrag zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, ein praktischer Fall, der mir den ersten Impuls gewährte, die bisherige Theorie in Zweifel zu ziehen.

Das Handlungshaus N, bei dem unabhängig von einander der A in X und der B in Z jeder 600 Centner Coacks bestellt haben, wählt zum Transport derselben den Flußschiffer P, welcher regelmäßig dieses Geschäft zu besorgen pflegt, und mißt ihm das Gesammtquantum von 1200 Centnern zu, ohne daß die 600 des A und die 600 des B weder beim Zumessen, noch bei der Verladung geschieden worden wären. P verladet die 1200 Centner auf zwei Schiffe, und zwar 800 auf ein größeres, 400 auf ein kleineres Schiff. In der Nacht vor der beabsichtigten Abfahrt geht letzteres bei einem heftigen Sturme mit der Ladung unter, P fährt mit dem anderen Schiffe ab und ladet in X, wo er zuerst anhält, bei dem A 600 Centner ab, so daß der B nur noch 200 erhält. Da B nur für letztere den Kaufpreis entrichten will, N aber den Kaufpreis für die ganzen 600 beanspruchen zu können glaubt, so S. 368.
erhebt letzterer Klage. Der Richter erster Instanz wies ihn mit derselben ab, und zwar aus dem Grunde, weil er unterlassen habe, dem Käufer Anzeige zu machen, in welcher Weise und auf welches Schiff die Verladung geschehen sei. Das Gericht zweiter Instanz legte ihm den Beweis auf, daß „die untergegangenen 400 Centner oder wie viel weniger dem Schiffer für den Beklagten zugemessen worden seien," oder m. a. W., da eine solche spezielle Ausscheidung auf Namen des Beklagten nicht erfolgt und behauptet war, der Kläger verlor in zweiter Instanz ebenfalls den Prozeß.

Diese letztere Entscheidung war nun vom Standpunkt der herrschenden Theorie aus gewiß vollkommen correct, und doch legte mein Rechtsgefühl lauten Protest dagegen ein. Würde der Verkäufer, fragte ich mich, ebenfalls die Gefahr zu tragen gehabt haben, wenn die beiden Käufer ihm den von ihm gewählten

IV. Jahrg. Bd. IV. Erfüllungs- und Versendungsmodus ausdrücklich vorgeschrieben gehabt hätten? Gewiß nicht! denn ob die 600 Centner des A von denen des B getrennt waren oder nicht, N wird sich einfach damit schützen: ich habe gethan, was Ihr mir aufgetragen, ich habe erfüllt. Wird nun wohl die Sache anders, wenn A und B, statt die Art der Versendung näher zu bezeichnen, den N unbestimmt beauftragen: „senden Sie mir 600 Centner," vorausgesetzt, daß gerade die von ihm gewählte Art der Versendung dem Interesse der Besteller entsprach, wie dies in der That der Fall war? Wenn N die für den A und B bestimmten 600 Centner hätte abgesondert verladen lassen wollen, so würden dadurch die Kosten des Transports nicht unbeträchtlich vermehrt worden sein, indem es zu dem Zweck in dem größeren Schiffe der Herstellung einer Bretterwand bedurft hätte. Und wozu das? Stand N aber einmal mit Recht davon ab, so hätte es gar keinen Sinn gehabt, beim Abmessen die
S. 369. 600 Centner des A von denen des B zu trennen, denn diese Scheidung wäre ja durch die gemeinsame Verladung sofort wieder aufgehoben worden. Wozu ihm also die Unterlassung dieses völlig zwecklosen Acts zum Vorwurf machen? Weil beim Verkauf generisch bestimmter Gegenstände die Gefahr bloß durch die Ausscheidung übergeht? Aber wie, wenn der Käufer auf Ausscheidung verzichtet, wenn z. B. ihrer mehrere, jeder ein Ohm Wein bestellen, der Ersparniß der Kosten wegen aber die Versendung in *einem* Stückfaß anordnen oder, wie mir mehrere derartige Fälle bekannt sind, sich Holz kommen lassen und zwar nicht etwa in Form eines *gemeinsamen* Contracts, sondern jeder unabhängig von den andern *contrahirt*, die *Versendung* des Holzes durch die Eisenbahn aber gemeinsam geschehen soll? Hier ist die Scheidung nicht erfolgt; wenn diese also die unerläßliche Bedingung des Uebergangs der Gefahr ist, so hat der Verkäufer letztere zu tragen, ja er müßte sie in dem Fall selbst dann tragen, wenn die Käufer ausdrücklich hinzugefügt hätten, die Versendung solle auf *ihre* Gefahr gehen!

Durch diese Betrachtung gelangte ich zu der Schlußfolgerung,

daß die Ausscheidung nicht das bestimmende Moment bei dem Uebergang der Gefahr sein kann, daß also in den Fällen, wo in der That mit ihr die Gefahr übergeht, sie nicht als solche (»non sua vi ac potestate«) diese Wirkung hervorbringt, sondern weil ein anderes Moment zufälligerweise mit ihr zusammenfällt. Um mir hierüber klar zu werden, schlug ich den casuistischen Weg ein, indem ich mir alle denkbaren Gestaltungen des Verhältnisses im Leben zum Bewußtsein brachte und den Satz, um den es sich für mich handelte, an ihnen erprobte. Er bestand die Probe schlecht! Namentlich war es *ein* Fall oder vielmehr eine ganze Kategorie von Fällen, die sich der Anwendung desselben entschieden widersetzte. Der Kellner fällt ohne seine Schuld mit der Flasche Wein, die er für den Gast aus dem Keller geholt hat, die Eier, Milch, das Brot, Fleisch u. s. w., welche erwiesenermaßen für *diese* Hausfrau bestimmt waren, gehen vor der Ablieferung zu Grunde; haben die Besteller hier etwa die Gefahr zu tragen? Gewiß nicht! Aber warum nicht? Nicht etwa darum, weil es an der Ausscheidung oder an der Gewißheit fehlte, daß *diese* Spezies für *diesen* Besteller ausgeschieden sei, denn wenn keiner der übrigen anwesenden Gäste eine Flasche von *dieser* Sorte bestellt hat, oder wenn nur ein einziger Gast anwesend ist, so ist es ja zweifellos, daß die Flasche Wein für ihn geholt ist, und wenn, wie es nicht selten der Fall ist, die Hausfrau ihre Milch von einem benachbarten Gute bezieht, und letztere dort in ein verschlossenes Gefäß gefüllt wird, zu dem nur sie den Schlüssel hat, so ist es ja ebenfalls unbestreitbar, daß *diese* Milch für *diese* Bestellerin ausgeschieden ist. Die Spezies ist hier unzweifelhaft hergestellt; wenn also mit dem Uebergang des generisch bestimmten in den individuell bestimmten Gegenstand die Gefahr auf den Käufer übergeht, so haben jene Personen dieselbe nicht minder zu tragen, als der Kaufmann, dem die von ihm verschriebenen Waaren auf der Eisenbahn untergehen. Ohne nun auf den Protest, den jede Hausfrau und jeder Stammgast gegen diese Entscheidung erheben würde, sonderliches Gewicht zu legen, so wird doch der Jurist

IV. Jahrg. Bd. IV. — S. 370.

IV. Jahrg. Bd. IV. einräumen, daß wie bei dem Kauf einer Spezies, so auch bei Bestellungen, — so möge fortan der Kauf einer generisch bestimmten Sache genannt werden, — die Parteien es in der Hand haben, über die Frage von der Gefahr ihre Vereinbarungen zu treffen, und daß es demnach eine quaestio facti ist, ob die Gefahr bis zur Lieferung beim Verkäufer bleiben, die Gefahr des Weges und Transports also ihn treffen, oder bereits mit der Ausscheidung,
S. 371. Absendung oder mit welchem Moment immerhin auf den Besteller übergehen soll. Ist Ersteres ausgemacht, so läßt sich dies juristisch so ausdrücken: der Verkäufer soll das admetiri, adpendere, adnumerare, mit dem den Quellen zufolge die Gefahr auf den Besteller übergeht, bei letzterem vornehmen, er ist zum Bringen verpflichtet, die Gefahr desselben trifft ihn. Ist hingegen Letzteres ausgemacht, so heißt das: er darf das admetiri u. s. w. bei sich vornehmen, der Käufer hätte sich also zu demselben bei ihm einfinden müssen; hat letzterer es vorgezogen, nicht zu erscheinen und die Waare, anstatt sie zu holen, sich schicken zu lassen, so geschieht es auf seine Gefahr.

Indem ich diesen Gedanken von dem Einfluß des Orts der Lieferung (so möge die Erfüllung einer Bestellung fortan genannt werden) und den damit gegebenen Unterschied zwischen Bringen, Holen und Schicken weiter verfolgte, gelangte ich schließlich zu dem Resultate, daß sich die Gefahrfrage für sämmtliche Fälle der Lieferung nach einem und demselben Prinzip bestimmt, nämlich nach dem: die Gefahr geht über mit der wirklichen oder durch mora des Gegners verhinderten Lieferung, die Lieferung aber gestaltet sich nach Verschiedenheit der Fälle zwar äußerlich und factisch verschieden, juristisch aber bestimmt sie sich immer darnach, ob und wann der Lieferer das, was ihm nach beiderseitiger Absicht zu thun oblag, gethan hat. Geht also der Contract auf Holen von Seiten des Bestellers, so befreit das vorherige Ausscheiden von Seiten des Lieferers (von der mora accipiendi abgesehen)

letzteren nicht von der Gefahr, er nimmt es zu seiner Bequemlichkeit und auf seine Gefahr vor; geht der Contract auf Bringen, so ist der Lieferer frei, wenn er gebracht, geht er auf Absenden, wenn er abgesandt hat. Wer zu bringen hat und sich auf den Weg macht, hat erst angefangen mit dem, was ihm zu beschaffen obliegt, der Zufall, der die Waare unterwegs trifft, ereignet sich vor beendeter Leistung; wer schicken soll, hat mit der Absendung Alles, was ihm obliegt, gethan, der Zufall trifft die Waare nach der seinerseits bereits vollzogenen Leistung. Die Individualisirung oder Ausscheidung der Waare kommt bei alle dem als solche gar nicht in Betracht, sie ist weder ausreichend — so beim Bringen und auch beim Schicken und Holen — noch nöthig — so in dem oben mitgetheilten Fall, für den mit diesem Prinzip zugleich eine Entscheidung gegeben ist, die dem natürlichen Rechtsgefühl und dem Interesse des Verkehrs entspricht. Der N, dem in jenem Fall die Absendung aufgetragen war, hatte mittelst derselben geleistet, geliefert, und mochte ihm die ungetrennte Verladung der für beide Besteller bestimmten Quantitäten ausdrücklich aufgetragen, oder mochte ihm die Wahl des Versendungsmodus selbst überlassen sein: vorausgesetzt, daß dieser von ihm gewählte Modus, wie es der Fall war, dem wahren Interesse der Käufer entsprach, so wurde er von aller Verantwortlichkeit und Gefahr frei, sowie er dem Schiffer 1200 Centner hatte zumessen lassen.

IV. Jahrg. Bd. IV. S. 372.

Ich will jetzt meine Theorie, die ich als Lieferungstheorie der herrschenden, welche den Namen der Ausscheidungs- oder Individualisirungstheorie annehmen möge, gegenüberstelle, aus den Quellen begründen, und sie sodann in consequenter Durchführung des einfachen Grundgedankens auf alle einschlagenden Verhältnisse bis ins Detail hinein vollständig zu entwickeln versuchen. Vorher soll jedoch die Individualisirungstheorie sowohl nach Seiten ihrer quellenmäßigen Begründung, als ihrer juristischen Haltbarkeit und praktischen Brauchbarkeit einer eingehenden Kritik unterworfen werden.

IV. Jahrg. Bd. IV. S. 373.

II. Die Individualisirungstheorie.

Wenn ich diese Theorie als die herrschende bezeichne und mich bei Berücksichtigung der Literatur vorzugsweise auf die neuere Zeit beschränke, so bedarf dies für Jeden, der die Literatur unserer Frage kennt, keiner Rechtfertigung. Es ist in der That befremdend, wie wenig die frühere Jurisprudenz sich dieser für den Verkehr so außerordentlich wichtigen Frage bewußt geworden, ja ihr fast geflissentlich aus dem Wege gegangen ist, und man möchte fast bedauern, daß die Compilatoren über dieselbe keine widersprechenden Stellen aufgenommen haben, um dadurch die Aufmerksamkeit auf sie zu lenken. Das Quellenmaterial ist ungemein dürftig, es beschränkt sich auf die l. 35 § 7 de cont. emt. (18. 1), l. 5 de peric. (18. 6), l. 2 Cod. ibid. (4. 48)[2]; ich meinerseits werde später noch die l. 12, 13, 14 de peric. hinzufügen, allein die Beziehung dieser Stellen auf unsere Frage muß mehr in sie hineingetragen werden, als daß sie in ihnen klar ausgesprochen wäre.

Die stiefmütterliche Behandlung unserer Frage in der postjustinianischen Zeit beginnt bereits mit den Basiliken. Die Verfasser derselben scheinen es nicht der Mühe werth gefunden zu haben, dieselbe näher zu berücksichtigen, denn in dem Titel de periculo et commodo (XIX. 6) haben sie gerade diejenigen
S. 374. Stellen aus dem betreffenden Pandekten- und Codextitel de periculo (l. 5 D. u. l. 2 Cod.), welche von unserer Frage handeln, ausgelassen, und nur in den Titel de contractu emtionis (XIX. 1) ist in der l. 33 § 5, 6 die l. 35 § 5—7 D. aufge-

2) Die übrigen Stellen, welche das admetiri, adpendere, adnumerare und die mensura erwähnen, so die l. 34 § 5, l. 35 § 5, 6 de cont. emt. (18. 1) l. 1 § 1 l. 10 § 1 de peric. (18. 6) haben den Fall einer verkauften Spezies (dieses Fasses Wein) im Auge, welche zum Zweck der Ermittelung des für eine bestimmte Maßeinheit gesetzten Preises zugemessen u. s. w. werden soll (emtio ad mensuram) und können nur mittelbar benutzt werden.

nommen. Gerade die Anregung aber, welche l. 2 Cod. cit. mit IV. Jahrg. Bd. IV.
den Worten antequam tradantur gewährt hatte, um das admetiri u. s. w. näher zu bestimmen, ist spurlos an ihnen vorübergegangen. Dasselbe gilt von der Glosse, die sich beschränkt, die Worte der betreffenden Stellen zu wiederholen, und ebenso von den selbständigen Werken der Glossatoren, soweit ich sie verglichen habe. Ob das admetiri der Pandekten und das tradere des Codex stets zusammenfallen müsse oder auseinanderfallen könne, darüber ist ihnen offenbar nie ein Zweifel aufgestiegen [3]).

Die spätere Literatur setzt diese Einsilbigkeit nur zu getreulich fort, und es würde eine nutzlose Häufung von Citaten sein, wollte ich sämmtliche Schriftsteller, die ich verglichen habe, und unter denen sich neben Duaren, Cujas, Ant. Faber, Voet, Schulting u. A. zu meiner Ueberraschung auch Doneau befindet, namhaft machen. Die meisten gebrauchen lediglich die Ausdrücke der Pandekten, und wo auch das tradere des Codex vorkommt, erscheint es als gleichbedeutend mit dem admetiri [4]). Ausdrücklich bemerkt Lauterbach [5]), daß metiri bloß das Messen, dagegen admetiri das per mensuram tradere bedeute. Aber während er, wie Andere [6]), es für nöthig S. 375.
halten, zu bemerken, daß auch ein tradere ohne admetiri möglich sei, indem, wie Cocceji hinzufügt, der Käufer durch die Annahme auf letzteres verzichte, haben sie kein Wort darüber, ob nicht auch umgekehrt ein admetiri ohne tradere, d. h. ob nicht unter Abwesenden durch Ausscheidung von Seiten des Verkäufers eine Uebertragung der Gefahr möglich sei. Der Einzige, der bis auf

3) So braucht z. B. Azo, Comm. Cod. ad l. 2 Cod. cit. diese Ausdrücke als völlig gleichbedeutend.

4) So z. B. Pet. Nic. Mozzii Mazeratensis Tractat. de contractibus (edit. Colon. Agr. 1585 p. 417): illa enim degustatio vel mensuratio seu ponderatio videtur vim habere traditionis.

5) Colleg. theor. pract. XVIII. 6 § 13 unter Verweisung auf Burgundius de periculo et culpa (Lovanii 1646).

6) z. B. Cocceji jus controv. XVIII 6 § 4 Stryck ad Lauterb. p. 563.

IV. Jahrg. Bd. IV. Thöl hinab, diese Frage einer eingehenden Erörterung unterzogen hat, ist Carpzov[7]). Unter Bezugnahme auf verschiedene von dem Schöppenstuhl und der Juristenfakultät zu Leipzig in diesem Sinne gefällte Urtheile und mit Hinweisung auf kaufmännische Pareres aus Nürnberg, Frankfurt und Hamburg erklärt er es für ein allgemeines kaufmännisches Gewohnheitsrecht, daß die Gefahr einer bestellten Waare mit ihrer Absendung auf den Käufer übergehe. Die Rechtfertigung, die er diesem Satz zu geben versucht, zeigt, daß er ihn zwar durch den kaufmännischen Verkehr für unabweisbar geboten, allein im Uebrigen für einen völlig positiven, singulären und mithin auch auf kaufmännische Handelsgeschäfte zu beschränkenden hält. Obschon seiner Ansicht nach ein perfecter Kauf hier nicht anzunehmen, so meint er doch, müsse man mit Rücksicht auf die kaufmännischen Verhältnisse den Willen der Parteien dahin interpretiren, daß bereits mit der Bestellung ein perfecter Kauf vorliegen oder ein pactum de emendo et sustinendo periculo abgeschlossen sein sollte. Sodann zieht er auch das Mandat hierher, nicht freilich, wie man erwarten könnte, und wie Thöl, Handelsrecht § 74 Note 13 anzunehmen scheint, in der Weise, daß mit dem Kaufcontract ein Mandat auf Absendung der Waare sich bloß verbinde, sondern daß das ganze Geschäft eine Art (auf Absendung von Waaren gerichtetes)
S. 376. Mandat sei, bei dem nach allgemeinen Grundsätzen den Mandanten die Gefahr treffe — eine Auffassung, die freilich absolut unhaltbar ist. Die Fragen, die erst bei einer weiteren Verfolgung des Themas sich ergeben, wie z. B. mit welchem Moment die Gefahr übergehe, ob mit der Ausscheidung oder Absendung, oder, richtiger, die Frage selber in ihrer juristischen Gestalt und ihrem vollen Gehalt ist Carpzov noch nicht zum Bewußtsein gekommen, gleichwohl hat er sich aber dadurch in meinen Augen ein großes Verdienst erworben, daß er, unbeirrt durch theoretische Bedenken, im gesunden Gefühl der praktischen Nothwendigkeit des Satzes

7) Ben. Carpzov, Opus decisionum Dec. 131.

seine gewichtige Autorität für denselben in die Wagschale warf. IV. Jahrg. Bd. IV.
Ob es letzterer zuzuschreiben? — kurzum, die gewohnheitsrechtliche Geltung desselben wird von späteren Juristen, so namentlich von *Hommel*[8], *Strube*[9] und *Glück*[10] als feststehende Thatsache anerkannt. *Hommel* gedenkt der Ansicht früherer (von ihm nicht genannter und von mir nicht ermittelter) Juristen, welche in der Verpackung und Signirung der Waaren eine Lossagung des Verkäufers von der Waare und eine Tradition hatten erblicken wollen — eine Construction, die er verwirft, ohne eine andere an deren Stelle zu setzen.

Während nun frühere Juristen im Anschluß an die Quellen das admetiri als tradere (per mensuram), also als einen stets *zweiseitigen* Akt aufgefaßt hatten, ohne freilich diesen Gesichtspunkt weiter zu begründen, oder auch nur zu verfolgen, schiebt sich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts ein anderer unter; es ist der, den ich zu bekämpfen gedenke. Das admetiri hat den Zweck, die Spezies aus dem Genus *auszuscheiden*, vor der Ausscheidung trifft nach dem Satz genus perire non censetur S. 377.
die Gefahr nothwendig den Verkäufer, *nach* der Ausscheidung, da das geschuldete Object sich durch sie in eine Spezies verwandelt hat, aber den Käufer, und zwar geschieht die Ausscheidung bei Kaufleuten einseitig durch Absendung der bestellten Waare. Zu dieser Auffassung neigt schon *Strube* a. a. O. — freilich in naiver Verbindung derselben mit der entgegengesetzten. Denn während am Anfang des Satzes der Verkäufer „bis zur *Ueberlieferung* für die Gefahr zu stehen hat," leitet der dafür angeführte Grund, „daß es ungewiß gewesen, ob er eben das Verlorengegangene dem Käufer habe geben wollen," den Verfasser unvermerkt am Ende des Satzes dahin, daß „der Handel unvollkommen sei, so lange keine *Bestimmung des Individuums* erfolgt

8) Rhaps. quaest. vol. V obs. 608, 689.

9) Rechtl. Bedenken (Darmst. 1788) Bd. 2 Nr. 65.

10) Erläuterung der Pandekten Bd. 17 S. 188.

IV. Jahrg. Bd. IV. sei." Letztere soll aber erfolgen, sobald die Waaren abgeschickt werden, wobei unklar bleibt, sowohl warum diese Bestimmung nicht schon, wie Hommel will, mit der Verpackung eintreten, als auch, ob der Satz bloß bei Kaufleuten oder allgemein gelten soll. Strube beruft sich auf Beyer, Com. ad Pand. (XVIII. 6 Nr. 5), den ich nicht habe vergleichen können, dagegen tritt jetzt bei den späteren Schriftstellern die Individualisirungsidee immer bestimmter hervor und zwar ohne Beschränkung auf das Handelsrecht [11]). Wie wenig dieselbe aber zur wissenschaftlichen Klarheit
S. 378. durchgedrungen ist, ergibt sich aus dem Beispiel eines Schriftstellers, dessen Stärke allerdings nicht in eignem Nachdenken bestand, der aber hier, wie überall, den Stand einer Lehre getreu abspiegelt. Glück [12]) ist nicht einmal darüber mit sich im Klaren gewesen, ob die Tradition oder die Ausscheidung als entscheidendes Moment gelten solle. Denn während er auf S. 179 a. a. O. sagt: „Ist die Zumessung erfolgt und diese, wie gewöhnlich, mit der Uebergabe verbunden," also in einem vom Gewöhnlichen abweichenden Fall auch eine Zumessung ohne Uebergabe statuirt, läßt er auf S. 185 den „Verkäufer als debitor generis von seiner Verbindlichkeit nicht frei werden, wenn vor der Tradition aus dem genere einzelne species zu Grunde gehen," und um andererseits die Concession, die er damit der Traditionsidee macht, sofort unschädlich zu machen, verbindet er damit den Satz „wenn etwas in genere gekauft worden, wovon die zu übergebende species noch erst durch die Wahl zu bestimmen ist." Ohne alle Ver-

---

11) Westphal, Lehre vom Kauf (1791) § 586: „bis die dahin gehörigen Spezies ausgesucht sind." Hellfeld, Jurispr. for. (ed. Oeltze 1792) § 1036: »si genus venditum et species tradenda nondum electa sit.« Hofacker, Princip. jur. civ. (1794) § 1097: »si genus venditum et species nondum electa sit.« D. A. Weber zu Höpfner, Commentar § 872 (Aufl. 7. 1803) und in seinen Erläuterungen der Pandekten (nach seinem Tode 1820 von seinem Sohne herausgegeben) Bd. 1 S. 482. Bucher, Recht der Forderungen (1815, 1830) § 61: „bevor die zu übergebende einzelne Sache durch Wahl bestimmt ist" u. a.

12) Erläuterung der Pandekten Bd. 17 § 1036 (1815).

bindung mit dem Vorhergehenden und gleich als handele es sich IV. Jahrg. Bd. IV.
um eine positive Einrichtung des modernen Verkehrs, folgt dann am Schlusse seiner Darstellung noch die Bemerkung, daß, „wenn Waaren von einem entfernten Orte her verschrieben werden, die Absendung derselben immer auf die Gefahr des Käufers geschieht," wofür er sich auf Hommel und Strube bezieht, ohne, was gerade bei einem solchen Literator, wie er, doppelt auffällig, den hier allein in Betracht kommenden Carpzov zu berücksichtigen.

Kaum ein anderes Urtheil läßt sich über die Darstellung von Meno Pöhls[13]) fällen. Dieser Schriftsteller geht davon aus, S. 379.
daß unter Anwesenden wie unter Abwesenden die „Tradition (der Empfang)" den Zeitpunkt des Ueberganges der Gefahr bestimme. Als Tradition könne man aber mit Hommel und Strube die bloße Absendung nicht betrachten, vielmehr müsse man — und jetzt schiebt sich ihm plötzlich statt des Gesichtspunktes der Tradition die Idee der Individualisirung des Objects unter, — das allgemeine Prinzip, daß die Gefahr im Augenblick der Perfection des Handels auf den Käufer übergehe, richtig dahin verstehen, daß der Käufer die Gefahr von dem Augenblick an trage, da er als Käufer einer Spezies anzusehen sei. Dies sei aber der Strenge nach erst dann der Fall, wenn der Käufer im Besitz der Waare sei. Diese Strenge mildert er jedoch durch zwei Limitationen, welche ihr die scharfe Spitze wiederum abbiegen: 1) nämlich müsse man es als einen stillschweigenden Vertrag über den Uebergang der Gefahr betrachten, wenn der Käufer dem Verkäufer angebe, auf welche Weise er ihm die Waare übermachen solle, z. B. senden Sie mir mit Fuhrmann N; 2) müsse man den Käufer als in Besitz der Waare gesetzt ansehen, soweit nämlich dieser Besitz zur

13) Handelsrecht Bd. 1 S. 94 fl. (1828). — Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen Bd. 2 § 447, Treitschke, Kaufcontract S. 190, 192, sowie die beiden Artikel über Kauf in Weiske's Rechtslexikon haben so gut wie nichts. Treitschke läßt an der einen Stelle die Gefahr übergehen, wenn der zu übergebende Theil „ausgezeichnet" ist, an der andern erscheinen „Lieferung, Uebergabe oder Bezeichnung" als gleich wirksam.

IV. Jahrg. Bd. IV. Uebertragung der Gefahr erforderlich sei (!), wenn die Waare ausdrücklich für seine Rechnung verladen worden sei. Einer Begründung dieser Theorie, von der ihr Urheber selbst einräumt, daß sie mit der kaufmännischen Ansicht nicht übereinstimme, hat derselbe sich absichtlich, „um die Grenzen seines Werkes nicht zu überschreiten," enthalten, und wir können nur hinzufügen, daß er weise daran gethan hat.

Es war Thöl[14]) vorbehalten, unsere Frage zum ersten
S. 380. Male zum Gegenstande einer wirklich wissenschaftlichen Untersuchung zu machen[15]), und wie man sich im Uebrigen auch zu seiner Ansicht verhalten mag, man muß ihr das Zeugniß ausstellen, daß sie allein eine vollständig durchdachte und scharf formulirte ist. Thöl verwirft ausdrücklich die Traditionstheorie und erblickt in der Individualisirung des Objects das die Gefahr bestimmende Moment[16]), allein zu dieser Individualisirung soll nicht ein einseitiger Akt des Verkäufers ausreichen, wie Hommel und Strube gewollt hatten, sondern sie müsse zweiseitiger Art sein. Nicht zwar als ob die beiden Interessenten oder deren Stellvertreter

---

14) Handelsrecht Bd. 1 § 74 (1841, Aufl. 3, 1854).

15) In den compendiarischen Darstellungen des römischen Rechts vor Thöl finden sich folgende Ansichten vertreten: Die Gefahr geht über 1) mit der „Tradition" (Thibaut, Pandekten Aufl. 8 § 478), 2) der „Ablieferung" (Wening-Ingenheim Aufl. 4 § 201) „oder Uebereinkunft über das Individuum" (Mühlenbruch Aufl. 4 § 365 Nr. 3, § 395 Note 3, 4), 3) mit dem „Zumessen u. s. w." (Schweppe Aufl. 4 § 430, Mackeldey Aufl. 10 § 369, Göschen, Vorlesungen § 497), wozu von Compendien nach Thöl auch das von Puchta Aufl. 5 § 360 und Arndts Aufl. 3 § 301 sich bekennen. In der Praxis behauptete sich neben der Traditionsidee (z. B. Urtheil von 1834 bei Seuffert, Archiv für Entscheidungen Bd. 2 Nr. 168) auch die Individualisirungsidee (z. B. Urtheil des O.-A.-Gerichts zu Lübeck von 1835 bei Thöl, Ausgewählte Entscheidungsgründe des O.-A.-Gerichts zu Lübeck 1857 S. 61), „wo eine bestimmte species ausgewählt und designirt ist."

16) a. a. O. S. 314, „wenn er seinen Entschluß, daß dieser Theil für den Käufer bestimmt sein solle," äußerlich gemacht hat. S. 316 „wie wenn von vornherein über eine species gehandelt ist."

sich „bei der Ausscheidung gegenüber treten müßten," sondern es IV. Jahrg. Bd. IV.
genügt, wenn der Verkäufer einseitig eine annehmbare Spezies ausgeschieden und den Käufer davon in der Weise in Kenntniß gesetzt hat, daß derselbe „seine Gedanken auf diese ausgeschiedene species hat richten können," wozu also ein so genauer Bericht gehöre, daß „der Beweis der Identität der ausgeschiedenen und der untergegangenen oder verschlechterten species durch Beziehung auf die- S. 381.
sen Bericht geführt werden kann." In dieser Erklärung dem Käufer gegenüber liege das entscheidende Moment des ad-numerare, nicht in dem Zuzählen, welcher letztere Fall den Stellen zwar als der regelmäßige vor Augen schwebe, nicht aber der ausschließliche sei.

Zu der Thöl'schen Ansicht haben sich, wenn auch mit kleinen Abweichungen in der Fassung, soviel ich weiß, alle späteren Schriftsteller bekannt, welche sich überhaupt über die Frage ausgelassen haben, so von Vangerow[17]), Puchta[18]), Sintenis[19]), Brinkmann[20]), Fr. Mommsen[21]), Heyer[22]) und die Ausscheidungstheorie läßt sich also in der That als die heutzutage herrschende bezeichnen[23]). Nur gegen einen Punkt der

---

17) Lehrbuch Bd. 3 § 635 (Aufl. 6 S. 451): Regel sei die Ausscheidung dem Käufer gegenüber, durch Vertrag könne dem Verkäufer die einseitige Ausscheidung überlassen werden, so z. B. im Fall einer Bestellung bei einem auswärtigen Fabrikanten, nur bedürfe es hier der detaillirten Benachrichtigung von der geschehenen Ausscheidung, damit die Sache dadurch den Charakter einer wieder erkennbaren Spezies erhalte.

18) Vorlesungen § 360; ebenso wie von Vangerow, nur daß er das Moment der Wiedererkennbarkeit nicht besonders betont.

19) Das prakt. gemeine Civilrecht Bd. 2 § 116 Note 5.

20) Handelsrecht § 37; wie von Vangerow, und mit genauer Berücksichtigung des Erfordernisses der Benachrichtigung; dieselbe müsse vor dem Untergang der Sache abgehen, wann und ob sie eintreffe, sei gleichgültig.

21) Die Unmöglichkeit der Leistung S. 340—342, „die gehörige Ausscheidung des zu liefernden Objects aus der Gattung."

22) Abh. in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. Neue Folge Bd. 15 Nr. I, namentlich S. 23.

23) So z. B. auch noch Goldschmidt in seiner Zeitschrift für Handels-

IV. Jahrg. Bd. IV. Thöl'schen Ansicht ist neuerdings von dem zuletzt genannten S. 382. Schriftsteller Widerspruch erhoben worden 24), nämlich gegen das Erforderniß der Zweiseitigkeit der Ausscheidung. Dasselbe sei weder in den Quellen begründet, denn die in dem ad-metiri liegende Relativität des metiri erkläre sich durch die Vornahme desselben in Bezug auf den Kaufcontract (!), noch auch aus allgemeinen Gründen zu rechtfertigen. Selbst vom Standpunkt der Individualisirungstheorie aus vermag ich diesem Streit ein reelles Interesse nicht abzugewinnen, kann darin vielmehr nur einen leeren Schulstreit erblicken. In Wirklichkeit scheidet der Thöl'sche Verkäufer, so gut wie der Heyer'sche einseitig aus, nur daß jener dem Käufer sofort darüber Nachricht gibt, wodurch aber doch der einseitige Akt sich nicht in einen zweiseitigen verwandelt, denn der Bericht über eine Thatsache verändert die Thatsache nicht. Und wie, wenn der Käufer den Verkäufer von dem Bericht dispensirt? wenn letzterer ihn nicht verlangt? wenn er abgeht, nachdem bereits die Waare untergegangen? Ist die Wirkung des Berichts auf das Vorstellungsvermögen des Käufers, in dem er ein Bild der ausgeschiedenen und signirten (oder auch nicht signirten, z. B. Steinkohlen) Spezies hervorrufen soll, das Entscheidende, so fehlt es an der Zweiseitigkeit der Ausscheidung, wenn der Bericht gar nicht oder erst nach Untergang der Sache eingetroffen ist. Ist aber die bloße Absendung des Berichts genügend, S. 383. ohne Rücksicht auf die dadurch beabsichtigte Wirkung, warum die-

---

recht Bd. 1 S. 79 „Individualisirung des Kaufobjects." Beseler, System des deutschen Privatrechts Bd. 3 S. 314.

24) Die Art, wie dies geschehen, verdient eine öffentliche Rüge. Denn welche andere Behandlung kann man einem Manne angedeihen lassen, der den Muth hat als Schriftsteller über unsere Frage aufzutreten, ohne den einschlagenden Unterschied zwischen generisch und spezifisch bestimmten Sachen, einen Elementarbegriff der Jurisprudenz, den ein Institutionist aus der Vorlesung mit zu Hause nimmt, zu kennen (s. u. III) oder der (wie sich aus S. 39 Note 2 seiner Abh. ergibt) Abschluß und Erfüllung eines Contracts mit einander verwechselt? Im Interesse der literarischen Sicherheitspolizei darf man solchen Schriftstellern die verdiente Abfertigung nicht ersparen!

sen Akt zur conditio sine qua non des Uebergangs der Gefahr IV. Jahrg. Bd. IV.
erheben, das Unterlassen desselben auch da, wo das Interesse des Käufers dadurch nicht im mindesten berührt worden ist, mit einer Strafe belegen? Das heißt, diesen Akt geradezu zu einem formellen Erforderniß des klägerischen Anspruchs erheben, etwa wie die Litis Denunciation für die Klage auf Evictionsleistung. Den Beweis der Identität der ausgeschiedenen mit der durch Casus betroffenen Spezies zu führen, ist Sache des Verkäufers; möge er sich diesen Beweis im Voraus durch den Bericht sichern, aber ihn bei Strafe des Verlustes seiner Ansprüche dazu zwingen, kann man nicht, wenn nicht das Gesetz dies vorschreibt. Dies ist aber gemeinrechtlich keineswegs der Fall, denn den Versuch, die Nothwendigkeit des Berichts aus der Natur der Ausscheidung zu deduciren, kann ich nur für völlig mißlungen erachten. Angenommen, der handelsrechtliche Gebrauch erklärte wirklich — worüber mir nichts bekannt — den Kaufmann, der die Waare absendet, schlechthin für verbunden, dem Käufer davon Anzeige zu geben; wie man an die Vernachlässigung dieser Obliegenheit eine andere Folge knüpfen kann, als die, daß der Verkäufer dem Käufer den daraus erwachsenen Schaden prästiren muß, m. a. W. die Verpflichtung zur Leistung des Interesses der unterlassenen Anzeige, sehe ich wenigstens nicht ein.

Die zuletzt genannte Abhandlung von Heyer hat für meinen Zweck den Vorzug, daß sie die Individualisirungstheorie in ihrer ganzen Nacktheit zur Darstellung bringt und mir damit die Bekämpfung derselben wesentlich erleichtert. Wenn aus dem genus, sagt er (S. 23), eine Individualisirung . . . von dem Verkäufer bewirkt worden ist, so treten mit dieser Thatsache zugleich die Grundsätze ein, welche bei einer verkauften species gelten; die ausgesprochene Nothwendigkeit der Spezialisirung soll uns zu letzterer zurückführen u. s. w., das Messen, Wägen u. s. w. sollen nur S. 384.
die Mittel zu dem Zweck abgeben, eine species darzustellen, auf welche die hinsichtlich einer solchen geltenden gesetzlichen Bestimmungen angewendet werden können.

IV. Jahrg. Bd. IV. Die Idee, die meiner Ansicht nach alle Vertheidiger der Ausscheidungstheorie bewußt oder unbewußt beeinflußt, und die, so lange man sie nicht als eine irrige erkannt hat, stets wieder zu dieser Theorie zurückführen wird, ist hier ganz unverhüllt ausgesprochen. Es ist dies der Schluß, daß, wenn

1) der Käufer einer Spezies die Gefahr trägt,

2) nicht aber der einer generisch bestimmten Sache, bis

3) das admetiri dieselbe auf ihn überträgt,

daß dann der Satz 3 aus dem Satz 1 erklärt werden müsse. Das Verhältniß in dieser Weise aufgefaßt, würde also die generisch bestimmte Sache bis zur Erfüllung zwei Phasen durchmachen können: die erste die der generischen Bestimmtheit, vom Abschluß des Contracts bis zur Ausscheidung, die zweite, die der spezifischen Bestimmtheit, von der Ausscheidung bis zur bewerkstelligten Lieferung, dort würde die Regel: genus non perit, hier die: species emtori perit zur Anwendung kommen, und nur da, wo die Ausscheidung zugleich mit der Uebergabe an den Käufer verbunden wäre, würde der Contract während seines ganzen Bestands ausschließlich unter der ersten Regel gestanden haben.

Der Gegensatz meiner Theorie läßt sich jetzt leicht klar machen. Ihr zufolge tritt das generisch bestimmte Object erst mit der Erfüllung aus der Form der generischen Bestimmtheit heraus, geschuldet wird stets nur ein genus, nie eine species, letztere erscheint erst, wenn das Schulden aufhört, mit der Leistung, oder kurz: Gegenstand der Obligation ist ein genus, der Solution die species. Daraus ergibt sich, daß die obige Regel
S. 385. über den Untergang der species bei diesem Contractsverhältniß nie Platz greifen kann, denn wo sie es könnte, ist es bereits zu spät, daß vielmehr wie der Kauf einer species ganz unter diese, so auch der eines genus ganz unter die ihm eigenthümliche Regel fällt, jener unter die: der Käufer, dieser unter die: der Verkäufer trägt die Gefahr; sowie die emtio speciei ohne erneuerten Abschluß des Contracts nicht zur emtio generis, so kann umgekehrt die emtio generis auch nicht zur emtio speciei werden,

bis zur solutio kann der Käufer dort nur dieses, hier nur ein IV. Jahrg. Bd. IV.
Stück fordern.

Niemand wird mir wohl streitig machen, daß die letztere Behandlungsweise die technisch einfachere ist. Während sie mit einer einzigen Regel ausreicht, hat die entgegengesetzte zwei nöthig, während jene den Kauf eines genus und einer species rücksichtlich der Frage von der Gefahr in den schärfsten Gegensatz setzt, vermischt diese denselben, indem sie den Kauf eines genus in den einer species hinüberleitet. Und wozu dies? Warum muß das genus noch vor der Leistung sich in eine species verwandeln? Nach meiner Theorie erfolgt diese Verwandlung erst dann, wenn sie logisch nothwendig geboten ist, mit, durch und in der Lieferung (denn geliefert werden kann nicht ein Stück, sondern nur das Stück), nach der jenseitigen schon vorher. Warum vorher? Die Gegner können nur antworten: zum Zweck der Vorbereitung der Leistung, da letztere selbst nach ihrer Ansicht in der Ausscheidung noch nicht enthalten ist. Aber wenn der Verkäufer die Leistung in dieser Weise vorbereiten und damit die Gefahr auf den Käufer übertragen darf, wie lange vorher darf er es? Darf der Verkäufer, der erst am 1. Mai leisten soll, bereits am 1. April ausscheiden? Das wäre unter Umständen sehr vortheilhaft. Dann möge er, wenn er den Untergang des genus zu besorgen hat (z. B. des Stückfasses Wein, aus dem S. 386.
ein Ohm ausgeschieden werden soll), bei bevorstehender feindlicher Invasion die species ausscheiden, dann möge er, wenn er Waaren zur See kommen läßt, dieselben vorher für die einzelnen Besteller „individualisiren" lassen! Wenn er nur dem Käufer Bericht erstattet, so ist eine „zweiseitige Ausscheidung" vorgenommen, und die Sache steht so, „als ob von vornherein über eine species gehandelt worden wäre." Und wenn der Verkäufer in Fällen, wo ihm die Absendung aufgetragen, in dieser Weise die species debita herstellen darf, warum nicht auch, wo er selbst die Sache zu bringen oder der Käufer sie zu holen hat? Bei einer drohenden Ueberschwemmung möge der Holzhändler nur mit

IV. Jahrg. Bd. IV. Zeugen und einem Farbetopf auf den Holzplatz, bei einer Feuersbrunst der Kaufmann sich in seine Speicher verfügen und dort die Ballen, Fässer u. s. w., welche der Besteller hatte holen lassen wollen, signiren und jenem davon Anzeige machen, so geht die ganze Sache ihn nichts mehr an!

Ich will der bisherigen Betrachtung eine etwas andere Wendung geben, in der die Unhaltbarkeit der Individualisirungstheorie hoffentlich noch schlagender ans Licht treten wird. Angenommen, es handelte sich um eine gesetzliche Regulirung unserer Frage, und der Gesetzgeber wollte statt des Satzes, den ich ihm vorschlagen würde, „die Gefahr geht über mit der Leistung," den von mir bekämpften adoptiren, „sie geht über mit der Ausscheidung," so dürfte er uns zwar auf die Frage: warum soll sie schon mit diesem Akt übergehen, welches praktisches Bedürfniß erfordert dies? die Antwort versagen und über die von uns behaupteten praktischen Inconvenienzen des Satzes und dessen rationelle Anstößigkeit anderer Ansicht sein — dagegen über zwei Fragen müßte er uns jedenfalls Rede und Antwort stehen, nämlich: wann und wie ist auszuscheiden?

S. 387. Von meiner Theorie aus beantworten sich diese Fragen von selbst, die nach dem Wann mit „in und mit der Leistung," also je nach Verschiedenheit der Obligation im Moment des Bringens, Holens oder Absendens, die nach dem Wie mit „wie es die Leistung mit sich bringt," — kurz, der Gesichtspunkt der Leistung gibt auf diese Fragen, sowie auf die des Wozu und Warum die befriedigendste Auskunft. Die Individualisirungsidee dagegen läßt den Gesetzgeber bei allen diesen Fragen ohne alle Anhaltspunkte. Wann darf ausgeschieden werden? Der Akt des Ausscheidens, einmal losgerissen von seiner zeitlichen und zwecklichen Beziehung zum Akt der Leistung und zu einem bloßen Individualisiren gestempelt, kann ohne Inconsequenz nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden werden. Welcher soll es sein? Darf der Verkäufer eine Stunde vor der Leistung ausscheiden, warum nicht auch einen Tag vorher, zwei Tage, eine Woche

vorher? Die Vertheidiger dieser Ansicht werden sich allerdings IV. Jahrg. Bd. IV.
schwerlich zu dieser Consequenz verstehen, aber sie können es nur um den Preis der Inconsequenz. Gewiß haben sie alle im richtigen Gefühl bei der Ausscheidung die Zeit der Lieferung vor Augen, aber eben dieser Umstand hätte sie darauf führen müssen, daß nicht die Ausscheidung als solche (d. h. zum Zweck der Individualisirung des Objects), sondern lediglich als Mittel der Lieferung in Betracht kömmt.

Und nun das Wie der Ausscheidung! Soll bereits, wie einige Anhänger dieser Theorie ganz consequent annehmen, die bloße wörtliche electio vor Zeugen genügen? Oder, wenn dies zu mißlich, soll die Verpackung, Signirung, kurz, die reale Documentirung der getroffenen Wahl hinzukommen? Oder muß nicht wenigstens bei dem Auftrag zur Absendung noch das Absenden sich hinzugesellen? Wie aber, wenn während des Herausschaffens des Fasses aus dem Keller oder während des Aufladens oder auf der Fahrt nach der Eisenbahn oder bei der Besorgung nach der S. 388.
Post der Casus eintritt? Kurz, der Gesetzgeber geräth hier in einen wahren casuistischen Strudel und Wirbel hinein, aus dem ihn, wenn er einmal den allein consequenten Gesichtspunkt, daß die bloße Wahl genüge, verwirft, nur die nackte Willkür retten kann.

Angenommen, er hat nun, wie immer auch, auf unsere Fragen die Antwort gegeben und die Individualisirung des Objects zu dem den Uebergang bestimmenden Moment erhoben, halten wir ihm einmal an einigen Fällen die Resultate vor, zu denen sein Gesetz führen würde. Ist die — immerhin vor Zeugen vorzunehmende — Ausscheidung das Maßgebende, so ist in unserm obigen Falle (S. 427) der Verkäufer des Coaks mit seiner Klage abzuweisen, denn er hat nicht ausgeschieden. Trotzdem hatte derselbe Alles gethan, was ihm oblag! Dagegen die Victualienlieferanten, der Kellner, der dem Gast die bestellten Speisen und Weine bringt (S. 429), mögen wegen eines sie treffenden Casus ohne alle Sorge sein! Oder hätten sie etwa trotz der Individualisirung

IV. Jahrg. Bd. IV. durch stillschweigenden Vertrag den Casus bis dahin übernommen, daß sie die Sache gebracht hätten? Dann wüßte ich nicht, warum man einen ähnlichen stillschweigenden Vertrag nicht auch in den Fällen annehmen sollte, wo der Contract auf Absenden oder Holenlassen geht!

Legen wir nun die Frage, die wir soeben bloß an einen gedachten Gesetzgeber gerichtet haben, den wirklichen Gesetzgebungen der neueren Zeit vor, so hat, so viel mir bekannt, keine einzige sich zur Ausscheidungstheorie bekannt, umgekehrt aber hat die Lieferungstheorie in ihnen allen einen mehr oder weniger vollständigen
S. 389. Ausdruck gefunden[25]). Während das ungarische Handelsrecht Tradition der Waare verlangt[26]) und dem Verkäufer die Gefahr der Versendung zuweist, wenn letztere nicht näher spezialisirt ist, bestimmt das preuß. Landrecht Thl. I Titel 11 § 128 bei Gelegenheit des Kaufs: „Unter Abwesenden ist die Uebergabe beweglicher Sachen vollzogen, sobald die Sache dem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmann oder Schiffer übergeben worden." Mehrere andere Gesetzbücher haben die Fassung des römischen Rechts, daß die Gefahr mit dem admetiri übergehe, beibehalten, so neben dem spanischen und portugiesischen[27]) auch der Code civil art. 1585 . . jusqu'à ce qu'elles (les marchandises) soient pesées, comptées ou mesurées, wozu der Code de commerce art. 100 rücksichtlich der Gefahr der Uebersendung hinzufügt: la marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur voyage, s'il n'y a convention contraire, aux risques et périls de celui à qui elle appartient. Der Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuches Art. 322 (jetzt H. G. B. Art. 345) verfügt: „Nach Ueber-

25) Rücksichtlich der ausländischen Handelsrechte mit Ausnahme des französischen muß ich mich auf Thöl und Brinkmann a. a. O. verlassen.

26) Ungar. XVI Gesetzartikel § 36 (s. Thöl § 6 S. 31), bei Thöl a. a. O. Note 3 und Brinkmann Note 16.

27) Nach Brinkmann Note 3. Ueber das badische Landrecht, den österr. und würtemb. Entwurf siehe daselbst Note 3 und 16.

gabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst IV. Jahrg. Bd. IV.
zum Transport der Waare bestimmte Person trägt der Käufer die Gefahr, von welcher die Waare betroffen wird." Es wird Sache der späteren Darstellung sein, den Nachweis zu erbringen, daß die Absendung unter den Gesichtspunkt der Lieferung fällt, hier genügt es uns, daß alle jene Gesetzbücher zum Zweck der Uebertragung der Gefahr die bloße Ausscheidung für ausreichend nicht anerkannt haben.

Untersuchen wir jetzt, ob etwa das römische Recht allein sich S. 390.
dazu verstanden habe.

Soweit ich beurtheilen kann, bietet dasselbe auch nicht den geringsten Anhaltspunkt dafür dar, im Gegentheil stellt es jener Idee so unübersteigliche Hindernisse in den Weg, daß nur die Macht des Vorurtheils dieselben hat verkennen können.

Das Fundament der ganzen Individualisirungstheorie ist die Annahme, daß bei der generischen Obligation während der Dauer ihres Bestehens eine Verwandlung des generisch bestimmten Objects in eine Spezies eintreten könne, und der darauf gebaute Schluß, daß damit die Regel über das periculum bei der emtio speciei Platz greife. Diese Annahme ist mit nichts erwiesen. Von den drei oben (S. 432) citirten Stellen, welche unsere Frage allein ausdrücklich behandeln, drücken sich zwei, die l. 35 § 7 de cont. emt. (18. 1) und die l. 5 de peric. (18. 6) dahin aus: antequam admetiatur, periculum venditoris est, die l. 2 Cod. de peric. (4. 48): antequam tradantur. Obschon aber der § 5 der citirten l. 35 von unserem Fall gar nicht spricht, vielmehr eine emtio ad mensuram zum Gegenstande hat (s. Note 2), so kann es doch keinem Zweifel unterliegen, daß das dort mit dem admetiri auf eine Linie gestellte adpendere, adnumerare auch für unsere Frage gleiche Geltung beanspruchen kann. Was bedeuten nun diese Ausdrücke? Jedes Lexikon gibt darüber Auskunft [28]). Die Handlung, die das Sim- S. 391.

---

28) S. z. B. für die nicht juristische Literatur: Freund, Wörterbuch:

IV. Jahrg. Bd. IV. plex metiri u. s. w. als eine beziehungslose prädicirt, drückt das Compositum admetiri in ihrer Vornahme einer bestimmten Person gegenüber aus, in dieser Richtung aber ist es gleichbedeutend mit liefern, erfüllen[29], wie schon frühere Juristen, z. B. Lauterbach (Note 5), es richtig mit per mensuram tradere wiedergegeben hatten. Die Behauptung Heyer's, es bedeute Ausscheiden mit Rücksicht auf den Kaufcontract, verdient keine ernstliche Widerlegung; ihr zufolge hätte ein Schuldner im alten Rom beschwören können: se jam creditori pecuniam adnumerasse, wenn er das Geld nur für sich abgezählt hätte, ohne es dem Gläubiger gegeben zu haben! Nach Thöl (Note 11 und 17) soll das adnumerare nur den „regelmäßigen Fall vor Augen haben und nicht das genau entscheidende Moment enthalten," wofür er den Beweis schuldig geblieben[30]), „das entscheidende Moment des ad-numerare aber darein zu setzen sein, daß dem Käufer die Ausscheidung dieser species erklärt worden ist," wofür die Bezugnahme auf l. 209 de V. S. (50. 16) höchstens dann passen würde, wenn diese Stelle, statt zu sagen, daß »coram Titio« nicht die bloß leibliche, sondern auch die geistige Anwesenheit des Titius bezeichne, umgekehrt die leibliche für über-

---

annumerare = einem etwas zuzählen (s. die dort citirten Stellen), adpendere = einem etwas zuwägen (von den dort citirten Stellen s. namentl. Cic. Rosc. Am. 49 tibi omnia concessit, annumeravit, appendit), admetiri = zumessen (vinum emtoribus, frumentum u. s. w.). Für die juristische Literatur s. Dirksen, Manuale, namentlich admetiri = ad mensuram tradere rem.

29) Siehe außer den Zeugnissen der vorigen Note auch Gaj. III § 90 (gleichlautend pr. J. quibus modis re contr. 3. 15), der die Ausdrücke durch: quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, wiedergibt.

30) Denn als solchen wird man die Verweisung auf die von der Miethe redende l. 36, 37 Loc. (19. 2) nicht ansehen können, trotz der zu Hülfe genommenen l. 2 § 1 eod., indem die in der letztern anerkannte Aehnlichkeit zwischen Kauf und Miethe gerade für das in den ersten Stellen behandelte adprobare und admetiri beim opus locatum nicht stattfindet.

flüssig, und die bloß geistige, d. h. das Wissen für ausreichend erklärte. IV. Jahrg. Bd. IV.

Die citirte l. 2 Cod. de peric. lautet folgendermaßen: S. 392.

Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione, periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit.

Also »antequam tradantur« ist die venditio »imperfecta«. Das antequam admetiatur der beiden vorigen Stellen wird hier mit tradatur wiedergegeben, tradere und admetiri ist demnach synonym. Wenn nach Thöl (Note 4) umgekehrt „die traditio nicht mehr ist als mensura, in der regelmäßig die Tradition liege, was um so klarer sei, da die mora als eine mora mensurae faciendae bezeichnet werde," so ist dies nicht viel besser, als wollte man bei einer Gleichung den Werth der gegebenen Größen nach dem der zu suchenden bestimmen. Die zu suchende ist in unserm Fall die Bedeutung von admetiri, die völlig feststehende ist die von tradere, letzteres kann uns, wenn wir Zweifel haben, über jenes, unmöglich aber jenes über dieses Auskunft geben. Daß die Bezeichnung der mora des Käufers als mora mensurae faciendae für Thöl etwas aussage, bestreite ich in dem Maße, daß ich umgekehrt dieser Wendung ein Argument gegen ihn entlehne. Daß das Ausbleiben des Käufers eine mora desselben begründe, begreift man, wenn das admetiri ein tradere bedeutet, denn dies kann ohne ihn nicht vorgenommen werden; wie aber, wenn es ein bloßes Ausscheiden des Verkäufers bedeuten soll, das Ausbleiben des Käufers als mora gelten könne, gestehe ich wenigstens nicht zu begreifen, denn letzterer ist nach Thöl zu diesem Akt gar nicht nöthig, der Verkäufer kann denselben auch in seiner Abwesenheit vornehmen. Gerade die auch anderwärts (l. 1 § 3 de peric.) erwähnte Möglichkeit einer derartigen mora des Käufers beweist auf das Schlagendste, daß sein Ausbleiben eine mora S. 393.
accipiendi, der Sinn des admetiri also solutio ist.

Den bisherigen Stellen schließe ich noch die vielbesprochenen

IV. Jahrg. Bd. IV. l. 12—14 de peric. (18. 6) an, weniger freilich, um sie als Stützen meiner Ansicht zu benutzen, als um umgekehrt sie aus letzterer zu erklären. Die l. 12—14 pr. wird sich passender an einer späteren Stelle besprechen lassen (III, 1), dagegen möge die l. 14 § 1 hier ihren Platz finden. Sie bespricht den Fall der »materia emta« und weist, jenachdem dieselbe vor oder nach der Tradition untergeht, dem Verkäufer oder Käufer die Gefahr zu, »videri autem trabes traditas, quas emtor signasset«. Die frühere Jurisprudenz, schon von der Glosse an, hat die Stelle auf die emtio generis bezogen, während neuere Juristen sie von der emtio speciei verstehen[31]) und zu dem Zwecke die dem Verkäufer auferlegte Haftung für den Diebstahl daraus erklären, daß „das Furtum regelmäßig dem Mangel genügender custodia zugeschrieben werde". Allein wie, wenn der Verkäufer die Prästation der genügenden custodia nachweist? Und Balken braucht man doch nicht durch eine Wache bewachen zu lassen oder ins Haus zu nehmen! Ich halte darum die andere Interpretation für die allein befriedigende. Materia emta, trabes bezeichnet eine Quantität generisch bestimmten Bauholzes, und eben daß der Jurist es für nöthig hält, das signare auf den Gesichtspunkt des tradere zurückzuführen, während doch eine reelle Tradition an den Käufer noch nicht erfolgt war, zeigt, daß er, wie die l. 2 Cod. cit., die Gefahr lediglich auf die Lieferung stellt. Das furtum nicht als casus, sondern als auf culpa des Verkäufers beruhend aufgefaßt, würde vom Standpunkt der jenseitigen Ansicht aus die S. 394. Consequenz involviren, daß der Verkäufer auf die vom Käufer zwar signirte und damit ihm tradirte, bei ihm, dem Verkäufer, aber vorläufig noch zurückgelassene Sache keine custodia mehr zu verwenden brauchte, was verkehrt ist.

Zu den bisher betrachteten speziellen Quellenäußerungen gesellen sich folgende allgemeinere Gründe:

---

31) Glück, Erläuterung der Pandekten XVII S. 145, Fr. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 333.

1) Es ist zwar eine landläufige Regel: genus perire non IV. Jahrg. Bd. IV.
censetur, allein dieselbe ist weder im römischen Rechte, noch in
der Natur der Sache begründet, und nur aus einem Verkennen
der Relativität des Begriffes genus hervorgegangen. Das Stück-
faß Wein, welches ganz verkauft ist, sei es für einen Preis oder
nach Maßgabe der darin enthaltenen Masse Wein, ist eine
species; ist daraus aber bloß ein Ohm verkauft, so bildet es
für diesen Kaufcontract das genus, aus dem die species erst
auszuscheiden ist. Geht dasselbe zu Grunde, so ist damit in der
That das ganze genus untergegangen, die Leistung der ver-
sprochenen species ist jetzt eine Unmöglichkeit geworden, wie bei
jedem anderen casus wird folglich der Verkäufer von seiner Ver-
bindlichkeit frei. Trifft also insofern der casus den Käufer, so
hat doch derselbe in diesem Falle gleichwohl den Kaufpreis nicht zu
entrichten. Wie erklärt sich diese Besonderheit? Nach meiner
Theorie ganz einfach daher, weil der Verkäufer erst durch die
Leistung den Anspruch auf den Kaufpreis erhält, bis dahin also
die Gefahr trägt. Nach der Individualisirungstheorie läßt sich
darauf eine befriedigende Antwort nicht ertheilen, denn wenn man
einmal davon ausgeht, daß die Regel, der zufolge den Käufer die
Gefahr trifft, nicht, wie ich annehme, bloß für eine Art des
Kaufs, die emtio speciei, gilt, sondern eine ganz allgemeine für
den Kauf überhaupt ist, so kann man die für die emtio generis
geltende entgegengesetzte nur als Ausnahme oder Abweichung an- S. 395.
sehen, welche nur in so weit zur Anwendung gelangt, als die
Eigenthümlichkeit dieses Verhältnisses dies erfordert, d. h. als die
Unbestimmtheit des Objects die Richtung des Casus gegen den
Käufer, die Sicherheit darüber, daß das ihm geschuldete Stück
aus dem genus vom Casus getroffen worden ist, ausschließt.
Wenn man nun im Sinne dieser Auffassung mit der Ausscheidung
der species von Seiten des Verkäufers, weil eben damit jene
Unsicherheit beseitigt sei, die Gefahr auf den Käufer übergehen
läßt, so muß man dasselbe auch dann, wenn das ganze genus
vernichtet ist — eine Consequenz, zu der in der That frühere

IV. Jahrg. Bd. IV. Juristen im Widerspruch zu den Quellen sich haben hinreißen lassen, indem sie lehrten, daß bei einem »incertum ex certo« der Untergang des certum den Käufer träfe. Denn die Sicherheit, daß mit dem genus auch die dem Käufer geschuldete species zu Grunde gegangen, ist hier in nicht minderem Grade vorhanden, als in dem Falle der geschehenen Ausscheidung, und daraufhin weist in der That das römische Recht bei einer mora accipiendi des Käufers ihm die Gefahr zu[32]). Damit ist die Ausflucht unmöglich gemacht, daß eine species im genus nicht untergehen könne, und wenn dennoch der Untergang des ganzen genus auf Gefahr des Verkäufers geht, so folgt daraus, daß der Käufer bei dieser Art des Contracts nicht bloß darum und bloß so lange von der Gefahr befreit ist, weil und als sie ihm gegenüber durch die generische Bestimmtheit des Objects unmöglich gemacht ist, sondern ohne alle Rücksicht darauf schlechthin, daß m. a. W. der generische Kauf unter einer ganz anderen Regel steht, als der spezifische, und die für letzteren geltende für ihn nie zur Anwendung gelangt, auch da nicht, wo sie es an sich könnte.

S. 396. Die Individualisirung des Objects erscheint demzufolge als etwas völlig Bedeutungsloses, denn die Gewißheit, die sie darüber gewährt, daß das dem Käufer bestimmte Object untergegangen ist, kömmt gegenüber der Vorschrift, daß der Verkäufer schlechthin bei diesem Contractsverhältnisse die Gefahr zu tragen hat, gar nicht in Betracht. Etwas völlig Anderes ist es, wenn die ursprüngliche emtio generis hinterher in eine emtio speciei verwandelt wird, z. B. es bestellt Jemand bei einem Fabrikanten nach dessen Preiscourant ein Fortepiano und sucht sich hinterher von den vorräthigen ein bestimmtes aus. Hier ist nicht etwa das generisch bestimmte Object hinterher individualisirt, sondern an die Stelle der nicht zur Ausführung gelangten emtio generis ist später eine emtio speciei getreten[33]).

---

32) l. 5 de peric. cit., l. 2 Cod. ibid. cit.

33) Im römischen Prozeß hätte unter der entgegengesetzten Voraus-

2) Die emtio ad mensuram (Note 2) wird in der l. 35 IV. Jahrg. Bd. IV. § 5—7 de contr. emt. cit. mit dem generischen Kaufe auf eine Linie gestellt, sie kann uns also dazu dienen, den juristischen Zweck des bei ihnen beiden stattfindenden admetiri zu ermitteln. Gegenstand jenes Contracts ist nicht ein genus, sondern eine species — denn es sind diese Schafe gekauft, wie viel es auch sein mögen (l. 35 § 6 cit.), nicht unbestimmt „Schafe" — das adnumerare kann hier also unmöglich den Zweck haben, zu individualisiren; mit den Schafen geht durch die Zählung keine Aenderung vor sich, und bei Massen, z. B. einem Wagen voll Braunkohlen, wird S. 397. durch das Messen der einzelne Centner nicht individualisirt, sondern das Ganze bleibt auch nachher, was es war, eine Masse. Das gekaufte Object (diese Masse von Schafen oder Braunkohlen) ist also von vornherein schon genau bestimmt, individualisirt, und selbst wenn die in der Masse enthaltene Stück- oder Centnerzahl den Parteien unbekannt ist, objectiv steht sie schon vorher fest, nicht minder als der nach irgend einem in der Vergangenheit liegenden Umstand bestimmte Kaufpreis (z. B. der Marktpreis am letzten Markt), auch wenn er den Interessenten zur Zeit noch unbekannt ist, als pretium certum aufzufassen ist. Wenn nun trotzdem ein Casus, der die Masse vor dem admetiri u. s. w. trifft, vom römischen Recht dem Verkäufer zugewiesen wird, so kann der Grund nicht darin gefunden werden, daß zum Zweck der Ermittelung der Stückzahl das Zuzählen u. s. w. das einzige mögliche Mittel gewesen sei — daß die Heerde aus 100 Stück bestand, daß diese 2 Stück vom Blitz getroffen sind, kann der Verkäufer im Stande sein, aufs Unwidersprechlichste darzuthun — sondern darin, daß das römische Recht einen derartigen

---

setzung der Kläger auf ein genus klagen müssen; um die Klage auf eine species zu stellen, mußte auch der Contract darauf gerichtet gewesen sein, sonst machte der Kläger sich einer plus petitio schuldig, das heißt aber m. a. W., die nachherige Vereinigung der Parteien über eine bestimmte species muß unter den im Texte aufgestellten Gesichtspunkt gebracht werden.

IV. Jahrg. Bd. IV. Vertrag dahin auffaßt, daß so viel Stücke bezahlt werden sollen, (nicht als gezählt, sondern) als geliefert sind.

> l. 35 § 5 cit. quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri, ut ... in singula corpora, quae adnumeraveris, (certum pretium diceretur).

Erst die Leistung soll bestimmen, ob und wie viel der Käufer zu zahlen habe, woraus sich dann von selbst ergibt, daß der Verkäufer bis zur Leistung den Casus trägt. Das Gemeinsame der emtio generis und ad mensuram und das Unterscheidende beider von der gewöhnlichen emtio speciei besteht also
S. 398. darin, daß, während bei letzterer die Verpflichtung des Käufers mit Abschluß des Contracts, sie bei jenen beiden erst mit der Lieferung entsteht.

Diese Eigenthümlichkeit in der Structur beider Arten des Kaufcontracts hängt zwar mit der bei beiden erst durch den Akt des Ausscheidens, Zuzählens u. s. w. zu hebenden Unbestimmtheit des Objects in einem gewissen Maße zusammen, allein sie hat letztere nicht zu ihrer Voraussetzung. Es kann zwischen den Parteien im Moment des Kaufs bereits völlig feststehen, daß die Heerde aus 100 Schafen besteht, und nichtsdestoweniger ist die Vereinbarung, daß der Verkäufer bei Ablieferung der Heerde für jedes Schaf so und so viel Gulden erhalten soll, als ein solcher Lieferungskauf zu beurtheilen, und ebenso kann bei der emtio generis die vom Verkäufer vor Zeugen bewerkstelligte Ausscheidung der zu leistenden species oder der Untergang des ganzen genus die hier obwaltende Unbestimmtheit des Objects völlig heben, gleichwohl aber verbleibt die Gefahr beim Verkäufer. Worin hat diese an und für sich nicht gebotene strengere Behandlung desselben ihren Grund? Ich kann den Grund nur darin erblicken, daß das römische Recht mit richtigem praktischen Takt damit allen Streitigkeiten vorbeugen wollte, die sich unvermeidlich ergeben, sowie man die Sache auf die Bestimmtheit oder Unbe-

stimmtheit des Objects stellt. Dieselbe Erwägung [34]), die es IV. Jahrg. Bd. IV.
räthlich erscheinen ließ, bei der emtio speciei dem Käufer schlechthin die Gefahr zuzuweisen, anstatt je nach Umständen die Gefahr zwischen beiden zu vertheilen, nämlich die Rücksicht auf die Praktikabilität des Rechtssatzes [35]) mußte auch für S. 399.
jene beiden eigenthümlich gearteten Fälle des Kaufcontracts dahin führen, die Idee einer Theilung der Gefahr zwischen Käufer und Verkäufer — eine Idee, gleich mißlich für die legislative Gestaltung, als für die concrete Anwendung, und eine reichhaltige Quelle von Streitigkeiten — zu verwerfen und bei ihnen umgekehrt schlechthin dem Verkäufer die Gefahr zuzuweisen. Gerade also darum, um der Ausscheidungstheorie aus dem Wege zu gehen, um alle obigen (S. 444) Fragen, wann das genus sich in eine species verwandelt habe, wie ausgeschieden werden müsse u. s. w., abzuschneiden, gerade darum hat das römische Recht den Satz adoptirt: der Verkäufer wird frei mit der Lieferung, und die Nachfolge der neueren Gesetzgebungen zeigt, wie sehr es damit das Richtige getroffen hat.

Dieser Satz bildet die Grundlage, auf der wir im Folgenden unsere Theorie aufbauen werden; zu dem Zweck werden wir folgende drei Punkte festzustellen haben:

1) Gegenstände, bei denen er zur Anwendung gelangt;
2) Beschaffenheit der Lieferung nach Verschiedenheit der Fälle (Bringen, Holen, Senden);
3) Einfluß der mora accipiendi des Käufers.

III. Die Lieferungstheorie.

1 Die generische Bestimmtheit des Objects.

Nach der bloß von res, quae pondere, numero, mensura

34) S. darüber das von mir in meinem ersten Beitrage Abhandlung V S. 305 Gesagte.

35) Ueber diesen bei der Würdigung des römischen Rechts regelmäßig viel zu sehr vernachlässigten Gesichtspunkt s. meinen Geist des römischen Rechts Bd. 2 Abth. 2 S. 347 ff.

IV. Jahrg. Bd. IV. constant redenden l. 35 § 5 de cont. emt. cit. könnte es scheinen, als ob unser Satz generisch bestimmte vertretbare Sachen voraussetzte. Allein dieser Paragraph sowohl wie der § 6 behandeln nicht die emtio generis, sondern ad mensuram, und S. 400. das dort gebrauchte Beispiel der grex beweist, daß der Jurist auch rücksichtlich ihrer nicht sowohl Sachen, welche regelmäßig im contractlichen Verkehr generisch bestimmt werden, d. i. fungible oder vertretbare, als vielmehr alle Sachen im Auge hat, welche im einzelnen Fall in dieser Weise bestimmt sind. Denn Pferde, Ochsen u. s. w. werden zwar ebenfalls unter Umständen nach Stückzahl gekauft, z. B. bei Lieferungen im Kriege, aber dies bildet nicht die Regel. Daß aber grex, obschon, wo es im Gegensatz zu armentum gebraucht wird, auf Kleinvieh (Schafe, Ziegen, Schweine, Gänse u. s. w.) zu beziehen ist, dennoch, wo es allein steht, auch die oben genannten Thiere begreift, dafür genügt die Bezugnahme auf jedes Lexikon [36]), und auch Schweine, Schafe u. s. w. werden im Leben im Einzelkauf nicht generisch, sondern spezifisch bestimmt.

Es kömmt unser Satz also bei allen generisch bestimmten Sachen zur Anwendung, welcher Art sie auch immerhin sein mögen. Der Gegensatz der generischen und spezifischen Bestimmung der Sachen [37]) gehört zwar zu den Elementarbegriffen der Jurisprudenz, allein ich halte es keineswegs für überflüssig, denselben einer Revision zu unterwerfen [38]).

---

36) S. z. B. die Stellen bei Freund, Wörterbuch der lateinischen Sprache.

37) Die Römer bezeichnen ihn verschieden: genus und species l. 54 pr. de V. O. (45. 1) res generaliter relicta l. 2 § 1 de opt. leg. (33. 5), l. 37 pr. de leg. I. (30), incerta und certa res l. 30 § 4, 5 ad leg. Falc. (35. 2) (letzteres jedoch nicht schlechthin), summa, quantitas und corpus oder certum corpus l. 19 § 2 de cond. ind. (12. 6), l. 34 § 3, 4, 5 de leg. I (30), l. 21 de pact. dot. (23. 4).

38) Von den bisherigen Darstellungen s. namentlich die von Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts Bd. 1 S. 313—317, Wächter, Handbuch des würtemb. Privatrechts Bd. 2 S. 227—233, Unger, System des österr. Privatrechts Bd. 1 S. 404—408.

Derselbe bezeichnet keinen Gegensatz der Sachen selber, keine IV. Jahrg. Bd. IV.
objective Verschiedenheit derselben, wie der zwischen fungiblen S. 401.
und nicht fungiblen, sondern eine Verschiedenheit in der subjectiven Bestimmungs- oder Bezeichnungsweise, der praktischen Behandlungsweise derselben. Bei gewissen Rechtsverhältnissen haben die Parteien die Wahl, ob sie dasselbe auf diese bestimmte Sache, dies Individuum oder auf eine zu dieser Gattung gehörende Sache stellen wollen. Dort erscheint die Sache mit dem bestimmten Artikel: der, oder mit dem hinweisenden Fürwort: dieser, hier mit dem unbestimmten Artikel: ein oder mit dem Zahlworte: zehn, hundert. Ueberall, wo das Rechtsverhältniß die Sache selbst ergreift, wie Besitz, Eigenthum, Pfandrecht u. s. w. und folgeweise die auf Begründung derselben gerichteten Akte, wie Occupation, Dereliction, Tradition (und mithin auch die Solution), ist der Gegenstand desselben nothwendigerweise eine spezifisch bestimmte Sache [39]); man kann nicht Eigenthum haben an einer Sache, sondern nur an der Sache. Der Gegensatz hat also für das Gebiet des Sachenrechts keine Bedeutung. Die Rechtsverhältnisse, bei denen er sie hat, gehören ausschließlich dem Obligationenrecht [40]) an, denn nur sie allein gewähren die Möglichkeit, die Individualisirung des zu leistenden Gegenstandes bis dahin auszusetzen, wo dieselbe überhaupt erst nöthig wird: bis zum Akte der Leistung. Mit diesem Akte muß freilich, insofern die Leistung reell, nicht durch Compensation erfolgen soll, der Gegenstand der Obligation aus der Form
der bloß abstracten Bestimmtheit heraustreten und zur species S. 402.
werden [41]), so daß also jede Obligation, auch wenn sie mit dem

---

39) Man kann zukünftige Sachen zwar verpfänden, allein das Pfandrecht selbst (s. u.) entsteht erst an der species, während bei der emtio generis die obligatio sofort entsteht.

40) Das legatum generis steht nicht im Wege, denn es ist ein obligatorisches Verhältniß.

41) Heyer a. a. O. S. 30 Note 1 läßt vertretbare Sachen in genere gegeben werden(!), während nicht vertretbare in specie präſtirt werden müßten, — ist mein Urtheil in Note 24 zu hart?

IV. Jahrg. Bd. IV. genus beginnt, mit der species endet. Der Grund, warum sie von vornherein nicht auf die species gestellt wird, kann theils darin liegen, daß diese Bestimmung zur Zeit noch nicht möglich oder thunlich ist, theils darin, daß der Schulder oder der Gläubiger, wenn ihm z. B. als Legatar die Wahl zusteht, dadurch in der Wahl der species vortheilhafter gestellt, nämlich nicht schon jetzt, sondern erst am Tage der Erfüllung zu derselben gedrängt werden soll, womit sich der Zweck der Uebernahme der Gefahr von Seiten des Schuldners verbinden kann.

Jene Wahl zwischen beiden Bestimmungsweisen des Obligationsobjects ist im neueren römischen Rechte für alle Contracte zugelassen, selbst für solche, welche auf ein Zurückgeben einer Sache gehen, und bei denen das ältere Recht sich zu dieser Ausdehnung noch nicht verstanden hatte. Diese Erweiterung des Obligationsbegriffs von der spezifischen auf die generische Bestimmung der Sachen bezeichnet einen beachtenswerthen Fortschritt des neueren Rechts; es prägt sich darin jene Richtung zum Abstracten aus, die ich an anderer Stelle als einen der Grundzüge der neueren Rechtsentwickelung nachweisen werde.

Diese Bemerkung bedarf nur rücksichtlich der auf ein Zurückgeben gerichteten Contractsverhältnisse eines Nachweises, denn daß man auch schon nach früherem Recht die Stipulation, den Kaufcontract (dem heutzutage der Tauschcontract gleichzustellen ist), das Legat auf einen generisch bestimmten Gegenstand richten konnte, wird nicht in Zweifel gezogen werden.

S. 403. Zu der genannten Klasse von Contractsverhältnissen gehören folgende:

1) Der Leihcontract. Hier fällt der Gegensatz zwischen generisch und spezifisch bestimmter Sache in zwei besondere Contracte, das mutuum und commodatum, aus einander, zu denen sich, da das mutuum auf fungible Sachen beschränkt ist, bei beabsichtigter Eigenthumsübertragung von nichtfungiblen Sachen noch der Innominatcontract: do, ut reddas hinzugesellt.

2) Der Miethcontract. Hier erscheint der Gegensatz

in Form der locatio regularis und irregularis, und zwar sowohl IV. Jahrg. Bd. IV.
bei der locatio rei[42]), als der operarum und operis[43]).

3) Das Depositum; ebenfalls als regulare und irregulare.

4) Die dos. Die Verpflichtung kann entweder auf Rückgabe derselben Sache oder Sachen derselben Gattung gerichtet werden, und zwar Letzteres nicht bloß bei Fungibilien, sondern auch bei Nichtfungibilien[44]).

5) Der Ususfructus; in seiner Richtung auf generisch bestimmte Sachen: quasi-ususfructus. Daß ich ihn zu den Contracten stelle, geschieht mit Bezug auf die cautio usufructuaria. Nur nach dieser seiner obligatorischen Seite war er der Ausdehnung auf ein genus fähig, denn als dingliches Recht ist er nur denkbar an einer species.

6) Das pignus; die Möglichkeit der Richtung des con- S. 404.
tractus pigneratitius (denn mit dem Pfandrecht verhält es sich wie mit dem ususfructus) auf ein generisch bestimmtes Object wird regelmäßig übersehen; als täglich im Leben vorkommendes Beispiel nenne ich die Bestellung einer Geldcaution, welche, da sie zum Zweck der Sicherheit für eine zukünftige Forderung geschieht, nicht als depositum, und da nicht dieselben Geldstücke zurückgegeben werden sollen, nicht als gewöhnliches pignus charakterisirt werden kann, also als pignus irregulare bezeichnet werden müßte.

Für alle diese Verhältnisse wird rücksichtlich der Gefahr, was hier freilich nicht weiter auszuführen ist, ganz derselbe Grundsatz gelten, den wir für den generischen Kauf begründet haben, daß

---

42) Eisernviehcontract. l. 3, l. 54 § 2 loc. (19. 2), schon bei Cato, De re rust. c. 144 . . reddet aequas.

43) Hingabe von fungiblen Sachen zum Zweck des Transports l. 31 Loc. (19. 2), ähnlich beim Mandat, l. 22 § 7 mand. (17. 1) oder zur Verarbeitung, nicht bloß, wie die letzte Stelle sagt, ut eiusdem generis reddatur, sondern nach l. 34 pr. de auro leg. (34. 2) auch ut idem reddatur.

44) z. B. Sklaven, l. 18 de J. D. (23. 3).

IV. Jahrg. Bd. IV. nämlich die Gefahr nicht schon mit der Ausscheidung von Seiten des Schuldners, sondern erst mit beschaffter Leistung auf den Gläubiger übergeht[45]), woraus sich denn zugleich ergibt, daß, insofern nicht letzterer beim Schuldner die Sache in Empfang zu nehmen, sondern dieser sie bei ihm zu leisten hat, die Gefahr der Uebersendung den Schuldner trifft[46]).

Zur schärferen Feststellung des Begriffs der generischen und spezifischen Bestimmung scheint es mir jetzt noch angemessen, S. 405. einige Momente namhaft zu machen, die für denselben ohne allen Einfluß sind, die richtige Auffassung und Anwendung desselben aber, wenn man sich ihrer nicht bewußt wird, erfahrungsmäßig leicht beeinträchtigen können. Dahin gehören folgende:

1) Die Beschaffenheit der Sachen, namentlich der Unterschied der Fungibilien und Nichtfungibilien. Derselbe hat mit unserem Gegensatz nur das zu schaffen, daß bei ersteren die generische Bestimmung, bei letzteren die spezifische die Regel bildet. Allein sowie erstere in obligatorischen Verhältnissen spezifisch, so können umgekehrt letztere generisch bestimmt sein[47]),

---

45) S. z. B. l. 9 § 1 de solut. (46. 3), der zufolge sogar: is qui »hominem« debet, partem Stichi dando nihilominus hominem debere non desinit (trotzdem, daß er doch theilweise bereits eine species geleistet hat). Eine analoge Entscheidung über das Einschußgeld des Gesellschafters s. in l. 58 § 1 pro socio (17. 2) si vero ante collationem posteaquam eam destinasses (d. h. ausgeschieden und bestimmt für diesen Zweck) tunc perierit etc.

46) Dies ist z. B. anzunehmen beim Darlehn, dagegen sendet der Depositar und der Mandatar das Geld auf Gefahr des Gläubigers. Ueber die Frage von der Gefahr bei Geldsendungen s. die verdienstliche Abhandlung von Leo im Neuen Archiv für Handelsrecht von Voigt und Heinichen Bd. 2 S. 58 ff.

47) Jenes: z. B. l. 30 § 4 ad leg. Falc. (35. 2) pecunia, quam in illa arca . . habeo, l. 34 § 4 de leg. I (30), l. 37 de V. O. (45. 1), in l. 78 § 4 de J. D. (23. 3) als vice corporis habetur, in l. 30 § 6 de leg. I als species legata bezeichnet. Dieses, z. B. die Sklaven, in l. 18 de J. D. (23. 3), das Vieh beim Eisernviehcontract, die Kleider beim Quasiususfructus.

was man bekanntlich nicht selten verkehrterweise so ausgedrückt IV. Jahrg. Bd. IV.
hat: jene könnten im einzelnen Falle von den Parteien als nicht-fungibel, diese als fungibel behandelt werden — verkehrt darum, weil dieser letztere Gegensatz ein durch die Sachen selbst gegebener, von der Willkür der Parteien unabhängiger ist, während der von generisch und spezifisch gerade die dieser Willkür anheimgestellte Differenz in der Bestimmungsweise ausdrückt.

2) Die Abgrenzung des genus. Sie ist ganz dem Ermessen der Parteien anheimgestellt, der Begriff des genus ist ein ganz elastischer Begriff, dasselbe kann weit- oder enggegriffen sein, z. B. ein Ohm Wein — ein Ohm Rüdesheimer — Rüdesheimer 1857er — dies Stückfaß Rüdesheimer 1857er — eins von meinen Pferden. Es kömmt nur darauf an, daß das genus mehrere Individuen (seien es wirkliche oder durch Ausscheiden, Abmessen herzustellende) in sich fasse, so daß also z. B. S. 406.
die drei und selbst zwei Pferde des Testators, von denen er eins legirt hat, das genus bilden[48]), während umgekehrt das Vermächtniß seiner sämmtlichen Pferde, und wären es hundert und mehr, eine species legata ist. Dasselbe gilt von einer Disposition, die das ganze Vermögen trifft, z. B. Schenkung, Verpfändung desselben. Denn Vermögen heißt hier nichts Anderes, als diese sämmtlichen einzelnen Stücke desselben, was, wie unten gezeigt werden soll, auch bei der Verpfändung des zukünftigen Vermögens nicht anders ist, so daß also, wenn man immerhin den Ausdruck generelle Verpfändung gebrauchen mag, doch als Gegenstand derselben stets diese bereits jetzt bestimmten oder durch ein in der Zukunft liegendes Ereigniß bestimmt werdenden einzelnen species anzusehen sind.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die obligatio generis, wenn das genus bloß aus einigen Individuen besteht, der alternativen Obligation sehr nahe kommt. Dem Testator steht es frei,

48) Savigny (folgende Note) nimmt hier mit Unrecht eine alternative Obligation an.

IV. Jahrg. Bd. IV. zu sagen: ich legire das Pferd A, B oder C, oder eins von meinen drei Pferden, dort hat er eine species, hier ein genus legirt[49]. Für den Kaufcontract knüpft sich an diese Verschiedenheit die wichtige Folge, daß bei der alternativen Fassung der Untergang sämmtlicher Stücke den Käufer[50], bei der generischen aber den Verkäufer
S. 407. trifft. Es ergibt sich ferner, wie leicht bei der engen Fassung, die sich dem genus geben läßt, ein ganzes genus untergehen kann[51].

3) Die Zahl der zu leistenden Stücke; was ich nur darum hervorhebe, um daran die Warnung zu knüpfen, sich nicht, wie der neueste Schriftsteller über unsere Frage (Note 24) durch den für „generische Bestimmung" häufig gebrauchten Ausdruck genus, z. B. legatum generis, irre führen zu lassen. „Eine Flasche Wein" ist ein genus, aber der Kauf in Bausch und Bogen, den jener Schriftsteller ebenfalls (S. 25 a. a. O.) als emtio generis auffaßt, ist eine emtio speciei, auch wenn er ein ganzes Weinlager beträfe, und sein Wagner, der aus einem Holzlager sich einzelne Stücke heraussucht und mit Rothstift bezeichnet, ohne sie

---

49) Savigny, Oblig.-Recht Bd. 1 § 38 Note q, t u. S. 400 nimmt in beiden Fällen eine alternative Obligation an, wogegen F. Mommsen, Unmöglichkeit der Leistung S. 341 Note sich mit Recht erklärt.

50) l. 34 § 6 de cont. emt. (18. 1) .. unus enim utique periculo emptoris vixit. Dasselbe müßte für die emt. generis gelten, wenn die Individualisirungstheorie richtig wäre. Denn wäre hier wie dort bloß die Unbestimmtheit des Objects der Grund, warum der Käufer vor getroffener Wahl die Gefahr nicht zu tragen hätte, ginge also auch bei der emtio generis mit der Wahl die Gefahr auf ihn über, so wäre unsere obige (S. 451) Argumentation, daß mit sämmtlichen (alternativ bestimmten oder im genus enthaltenen) Individuen auch das dem Käufer geschuldete untergegangen, wie für die alternative, so auch für die generische Obligation zutreffend. Das Irrige der Individualisirungstheorie läßt sich jetzt mit einem Worte dahin angeben, daß sie die Grundsätze der alternativen Obligation auf die generische überträgt, das genus auflöst in die Summe der in demselben enthaltenen Individuen, während, juristisch gesprochen, bei ihr das Individuum vor der Leistung gar nicht existirte, erst in und mit ihr Existenz gewinnt.

51) z. B. in l. 30 § 5 ad leg. Falc. (35. 2) das omne argentum testatoris, von dem der Legatar sich ein Stück hatte aussuchen sollen.

herauszunehmen, hat von vornherein nicht ein genus, sondern eine IV. Jahrg. Bd. IV.
species gekauft, sowie umgekehrt der Kunde, welcher vom Tuchhändler zwei Ellen von einem bestimmten Stücke Tuch kauft, eine emtio generis abschließt, auch wenn dieselben sofort hinterher abgeschnitten werden.

Man könnte versucht sein, die Idee, als ob bei der emtio S. 408.
generis mehrere Stücke vorhanden sein müßten, auf die von der l. 35 § 5 de cont. emt. gebrauchten Ausdrücke admetiri, adnumerare u. s. w. zu stützen, allein da diese Stelle überhaupt nicht von unserem Verhältnisse spricht (Note 2), so beseitigt sich dieser Einwand von selbst. Ob hundert Stücke „abgezählt" oder ein Stück „gegeben" werden soll, macht keinen Unterschied; das Entscheidende ist hier wie dort die abstracte Bezeichnung des geschuldeten Objects.

Dagegen muß, damit der Begriff generischer Bestimmung Anwendung finden könne, stets irgend eine Zahl, sei es auch die Einzahl, gesetzt sein; wenn also nur ein quoter Theil des Ganzen, z. B. die Hälfte des Ohms Wein, Gegenstand des Vertrags ist, so betrifft letzterer eine species. Gewiß wird Niemand daran zweifeln, daß, wenn ein Testator drei Personen zusammen sein einziges Ohm Wein legirt oder einer Person „ein Dritttheil" davon, daß hier ein legatum speciei vorliegt. Daran knüpft sich die Folge, daß, wenn die Hälfte ausläuft, der Legatar an dem Schaden zur Hälfte participirt, während, wenn ihm „60 Flaschen Wein" von jenem Ohm, welche gerade ein Dritttheil des Ohms ausmachten, legirt worden wären, jener Schaden ihn nicht treffen würde, da der noch übrige Rest des genus ausreicht, um ihm dieselben zu gewähren. Dasselbe muß natürlich auch beim Kaufcontract eintreten, und wir haben damit ein Gegenstück zu unserem obigen Fall (S. 427) erhalten: dort eine emtio generis, welche vollzogen werden kann ohne reelle Ausscheidung der species, hier eine emtio speciei, zu deren Erfüllung eine Ausscheidung nöthig ist. Ein Verkäufer, der für sein 3 Ohm haltendes Faß Wein drei Liebhaber findet, wird also, jenachdem er

IV. Jahrg. Bd. IV. den Contract mit jedem Einzelnen auf ein Ohm oder auf 1/3 des Fasses stellt, die Gefahr selber behalten oder auf die Käufer über-
S. 409. tragen. Die Probe der Richtigkeit dieser Behauptung ist die, daß er das 1/3 tradiren kann, ohne es auszuscheiden (pars pro indiviso), nicht aber die 60 Flaschen im Ohm; was sich tradiren läßt, ist stets eine species.

4) Der Gegensatz der Gegenwart und Zukunft ist für unsern Unterschied ebenfalls ohne Einfluß, d. h. man kann ebensowohl zukünftige, wie gegenwärtige Sachen in der einen oder anderen Weise bestimmen. Diese Behauptung hat auf den ersten Blick etwas Befremdendes, denn die Ungewißheit, welche das Wesen der generischen Bestimmung ausmacht, und welche gleichfalls alle zukünftigen Sachen trifft, verleitet auf den ersten Blick dazu, letztere mit den generisch bestimmten auf eine Linie zu stellen. Dies ist falsch. Jeder fühlt sofort, daß es einen Unterschied macht, ob ein Kunsthändler von einer abzuziehenden Kupferstichplatte den ersten, den zehnten, die zehn ersten Abdrücke oder aber einen Abdruck, einen der zehn ersten zu liefern verspricht. In jenem Fall klagt der Käufer, wie bei jeder emtio speciei, auf diese bestimmten species, in letzterem Falle würde er sich einer plus petitio schuldig machen, wenn er seine Klage statt auf ein Exemplar auf dieses bestimmte richten wollte. Ueberall, wo in der Gegenwart oder Zukunft ein genus gesetzt ist, aus dem der Schuldner erst die species auswählen soll, liegt eine emtio generis vor; überall, wo dieser Gegenstand in der Weise bestimmt ist, sei es durch Merkmale, die in der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft liegen, daß die Obligation in dem Moment, wo sie entsteht, ihn allein trifft, eine emtio speciei. Das „zukünftige Vermögen" ist demzufolge eine species; ist es geschenkt oder verpfändet, so sind Gegenstände der Schenkung oder des Pfandrechts „alle species, die ich erwerben werde"[52]). Ebenso die zukünftige
S. 410. Weinernte, das Junge von diesem Thier, der erste Hirsch, den

---

52) S. Note 39.

der Jäger erlegen wird. Darum hat der öfter genannte Schriftsteller (Note 24) sich abermals in dem Begriff des genus sehr vergriffen, wenn er die „von den Bäumen bis zum 1. October von selbst fallenden Früchte" für generisch bestimmt hält. Eine emtio generis würde hier nur dann vorliegen, wenn der Verkäufer nicht sämmtliche Früchte oder die Hälfte derselben, sondern z. B. einen Scheffel, zwei Malter von ihnen verkauft hätte. IV. Jahrg. Bd. IV.

Es steht nichts im Wege, daß als das die in der Zukunft gedachte species bestimmende Moment nicht auch die Handlung einer Person gesetzt werden könnte, sei es die Production der Sache selber (z. B. die erste Maschine, die aus dieser Fabrik hervorgehen wird) oder die Wahl von Seiten derselben. „Das Pferd, das X für den Legatar auswählen wird," ist nicht minder bestimmt und der Willkür des Schuldners entzogen, als „das, welches diese Stute werfen wird". Ließe sich dann nicht auch die Bestimmung der species auf die Wahl des Schuldners stellen? Gewiß! Damit ist aber, wie es scheint, der ganze Unterschied zwischen der generischen und spezifischen Bestimmung vernichtet, denn „ein Ohm Wein" ist gleichbedeutend mit „dem, welches der Schuldner aussuchen wird". Allein das ist nicht richtig. Das zu leistende Ohm Wein kann allerdings nur geliefert werden, wenn der Schuldner aussucht, allein die Obligation ist hier nicht auf das Mittel: das Aussuchen selbst, sondern auf das Resultat: die Leistung gestellt, und so richtig es ist, daß sie auch umgekehrt auf das Aussuchen gestellt werden kann, und daß unter dieser Voraussetzung die Obligation als eine emtio speciei (futurae) zu charakterisiren ist, und alle Consequenzen der emtio speciei auf sie Anwendung finden müssen, namentlich also daß mit der bloßen Anzeige der getroffenen Wahl die Gefahr auf den Käufer übergeht, und letzterer seine Klage nur auf dieses Object richten kann und muß, so völlig verkehrt würde es sein, die generische Obligation unter diesen Gesichtspunkt zu bringen. Bei ihr ist die Wahl nicht eine wirkliche Bedingung, sondern eine conditio S. 411.

IV. Jahrg. Bd. IV. quae tacite inest[53]), und der Käufer hat schon vor getroffener Wahl eine Klage, die er in Rom, wo man streng auf den richtigen Ausdruck hielt, nicht etwa auf „das Exemplar, welches der Schuldner ausgesucht haben wird", sondern nur auf „ein Exemplar" hätte richten dürfen, während er im ersten Fall die entgegengesetzte Fassung hätte wählen müssen.

Nicht, um dieser letzteren Ausdrucksverschiedenheit für unser heutiges Leben eine praktische Bedeutung beizulegen, sondern nur um zu zeigen, daß der von mir aufgestellte Begriff die consequente Durchführung nicht zu scheuen hat, habe ich diese Consequenz hervorgehoben. Es würde eine reine Spitzfindigkeit sein, wollte man Gewicht darauf legen, ob eine Hausfrau bei einem
S. 412. Bauer eine Gans in der Weise bestellt, er selbst oder seine Frau sollten die fetteste aussuchen, oder aber ob sie schlechthin die fetteste oder aber eine von den fettesten bestellt. Gemeint ist hier in allen diesen Fällen eine Gans von der und der Beschaffenheit. Ganz anders aber stellt sich die Sache, wenn z. B. ein Kaufmann Ausverkauf hält und von einem seiner Kunden den Auftrag erhält, ein Stück von einem bestimmten Artikel für ihn zurückzulegen. Das zurückgelegte Exemplar bildet hier die species, die der Käufer gekauft hat; statt seiner hat der Verkäufer ausgesucht, und so wenig dieser, wenn die Wahl getroffen, und der Käufer sie consta-

53) Quia diversa causa est voluntatis expressae et ejus quae inest l. 138 § 1 de V. O. (45. 1). Bei der alternativen Obligation, von der auch diese Stelle spricht, ist der Gegensatz von den römischen Juristen sehr scharf entwickelt. Lautet die Stipulation auf das Object a oder b, „das ich gewählt haben werde", so war, mochte der Gläubiger oder Schuldner der Ich sein, das Object bestimmt mit der Wahl, es war so gut, als ob die Obligation vom Anfang an auf dies Object gerichtet gewesen wäre l. 20 de opt. leg. (33. 5) (Gläubiger), l. 84 § 9 de leg. I (30) (Schuldner). Lautete die Stipulation aber schlechthin auf a oder b, so geschah die Fixirung des Objects nicht schon durch vorherige Wahl, sondern für beide Theile erst im entscheidenden Moment, d. h. für den Schuldner mit der Leistung l. 106, l. 138 § 1 de V. O. (45. 1) (nicht mit der theilweisen l. 26 § 13 de cond. ind. 12. 6, l. 9 § 1 de solut. 46. 3), für den Gläubiger mit der Klage, l. 112 pr. ibid. Ueber die heutige Geltung dieser Sätze s. Abhandlung I S. 27, 28.

tiren kann, dieselbe rückgängig machen darf, woran bei der emtio IV. Jahrg. Bd. IV.
generis nichts ihn hindert, so wenig kann hier der Käufer sich der Haftung für die Gefahr derselben entziehen.

Eine Bestätigung des Bisherigen gewährt die l. 8 pr. de cont. emt. (18. 1) von Pomponius [54]:

> Nec emtio nec venditio sine re, quae veneat, potest intelligi. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut cum editus esset partus, jam tunc cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur; sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex emto agi posse.

Daß der Jurist die Früchte eines bestimmten Landes, das Junge eines bestimmten Thieres, oder, was dasselbe, sämmtlicher Ländereien und sämmtlicher Thiere des Verkäufers, also der obigen Entwickelung zufolge eine zukünftige species im Auge hat, darf unbedenklich angenommen werden, denn wer wird ohne Angabe der erzeugenden Sache und der Zahl der Früchte schlechthin „Früchte und Junge" kaufen? Ist dies der Fall, so stimmt es mithin ganz mit unserer obigen Entwickelung, wenn der Jurist mit der Geburt des S. 413.
Thieres den Kauf in der Weise perfect werden läßt, als ob er vom Anfang an auf diese species abgeschlossen worden wäre, woraus sich für die Frage von der Gefahr ein Doppeltes ergibt, einmal nämlich, daß vor der Geburt (insofern der Contract nicht als emtio speciei gemeint ist) ein casueller Untergang des verkauften Gegenstandes überall nicht möglich, der Tod des trächtigen Muttervieh also dem Verkäufer zum Nachtheil gereicht, und sodann daß von dem Moment der Geburt an die Gefahr den Käufer trifft. Bei dieser Art des Verkaufs findet also jene Construction, welche, wie oben S. 442 gezeigt, mit Unrecht auf die emtio generis angewandt worden ist, die nämlich, als ob die Ausscheidung die species in der Weise herstelle, als ob von vornherein über sie gehandelt worden wäre, ihre richtige Verwendung. So wenig wie die emtio generis bis zur

---

54) Die l. 39 § 1 ibid. behandelt ebenfalls den Kauf zukünftiger Früchte, aber den nicht hierher gehörigen Fall der emtio ad mensuram.

IV. Jahrg. Bd. IV. Erfüllung je auf etwas Anderes als auf ein genus, so wenig ist emtio speciei futurae je auf etwas Anderes als auf diese inzwischen zur Existenz gelangte species gerichtet gewesen, denn wie bereits bemerkt: kommt letztere nicht zur Existenz, so ist ein Kauf überall nicht vorhanden gewesen, kömmt sie zur Existenz, so ist von Anfang an eine emtio speciei dagewesen (ut jam tunc cum contractum esset negotium venditio intelligatur).

Die im Bisherigen nachgewiesene Anwendbarkeit des Gegensatzes der generischen und spezifischen Bestimmung auf zukünftige Sachen erstreckt sich auch auf künftig erst anzufertigende Sachen, insofern nämlich die Anfertigung derselben unter den Gesichtspunkt des Kaufcontracts fällt, was bekanntlich davon abhängt, ob der Verfertiger den Stoff dazu zu geben hat, widrigen-
S. 414. falls ein Miethcontract vorliegt[55]). Die Bestellung von einem Paar Stiefel, einem Rock u. s. w. ist eine emtio generis, die individuelle Beziehung der anzufertigenden Sache auf den Besteller macht sie nicht zu einer emtio speciei; der Besteller kann seine Klage nicht auf dieses, sondern nur ein Paar nach dem genommenen Maß gearbeiteter Stiefel richten. Dagegen begründet der Kauf einer beim Bildhauer in Arbeit befindlichen Statue oder die Bestellung einer zwar noch nicht angefangenen, aber im Uebrigen durch irgend welche Momente, z. B. den Stoff (die aus diesem Marmorblock zu verfertigende Vase[56])) oder die Reihenfolge (das vierte von jetzt an fertig werdende Pianoforte) fest fixirten Sache eine emtio speciei, und so wenig der Verkäufer eine andere, als diese bestimmte species liefern, so wenig darf der Käufer eine andere, als sie fordern. Eine nothwendige Folge davon ist, daß der Käufer, sobald die species fertig geworden — denn vorher existirt

---

55) § 4 I. Loc. (3. 24), l. 2 § 1 Loc. (19. 2), l. 20, 65 de cont. emt. (18. 1). Ueber die im Texte behandelte Frage s. Fr. Mommsen a. a. O. S. 366—368.

56) Lassen sich mehrere daraus machen, so ist der Gegenstand nur generisch bestimmt, „eine von den aus diesem Marmor zu machenden Vasen". So also auch z. B. wenn der Schneider das Tuch zum Rocke gibt.

das Object des Contracts noch nicht, kann folglich auch nicht untergehen — auch vor der Ablieferung oder Absendung desselben den Schaden zu tragen hat. IV. Jahrg. Bd. IV.

Ganz anders bei der emtio generis. Denn hier wird der Verkäufer erst frei durch Leistung oder mora accipiendi; bis dahin trägt er die Gefahr, und der Umstand, der vom Standpunkt der Individualisirungstheorie aus von entscheidendem Einfluß sein müßte, daß die fertig gewordene species aufs Unzweifelhafteste für den Besteller „ausgeschieden" worden ist (z. B. der Rock nach dem ihm genommenen Maß, aus dem von ihm ausgesuchten Tuch S. 415.
verfertigt, ihm vor der Vollendung anprobirt worden ist u. s. w.), dieser Umstand ist hier ohne alle Bedeutung. Der Schneider, der den Rock zu überbringen hat, bringt ihn auf seine Gefahr; die Maschine, die vom Besteller geholt werden sollte, bleibt, so lange letzterer nicht in mora accipiendi versetzt ist, beim Fabrikanten auf dessen Gefahr. Den Charakter einer species gewinnt die einmal generisch bestellte anzufertigende Sache auch dadurch nicht, daß der Besteller während der Anfertigung sie öfter in Augenschein genommen, sich zustimmend über sie geäußert hat, denn daraus folgt weiter nichts, als daß er gewußt hat, daß diese Sache für ihn bestimmt war; so wenig aber die objective Thatsache, daß sie es war, die emtio generis zu einer emtio speciei macht, ebensowenig sein subjectives Wissen dieses Umstandes. Zu dem Zweck hätte es eines eignen Vertrages bedurft, wodurch der ursprünglich auf das genus lautende Vertrag klar und bestimmt in einem auf diese species gerichteten verwandelt worden wäre.

Mit dem Resultat der bisherigen Entwickelung stimmt die l. 12—14 pr. de per. (18. 6), wenn man sie auf den Fall der Bestellung bezieht, vollkommen überein, während, wenn man sie mit der herrschenden Lehre von der emtio speciei versteht, sich ein durch alle Künsteleien nicht zu beseitigender Widerspruch mit sonstigen Grundsätzen ergibt. Die Worte, mit denen Paulus in der l. 12 den Fall mittheilt, lauten: Lectos emtos Aedilis cum in via publica positi essent, concidit. Gewiß wird jeder

IV. Jahrg. Bd. IV. Unbefangene die Worte lectos emtos auf spezifisch bestimmte Bettstellen beziehen. Unter dieser Voraussetzung hätte aber die Entscheidung der Frage, wen die Gefahr der Vernichtung derselben trifft, darauf gestellt werden müssen, ob diese Vernichtung ein reiner casus, oder aber vom Verkäufer durch eigene Schuld her-
S. 416. beigeführt worden war, es mußte mithin untersucht werden, ob in dem Hinaussetzen der Betten auf die Straße eine culpa lag. Daß, wie heutzutage, so auch in Rom die Handwerker ihre Fabrikate häufig vor ihre Werkstätte auf die Straße setzten, und daß dies nicht schlechthin polizeiwidrig war, wird in der l. un. § 4 de via publ. (43. 10) ausdrücklich bemerkt. Wenn nach dieser Stelle der Wagenfabrikant seine Wagen vor die Thüre setzen darf, insofern er dadurch nicht nur die Passage versperrt, warum nicht auch der Tischler seine Bettstellen? Und in der That räumt die l. 13 cit. von Julian dies ein, indem sie gegen den Aedilen »si id non jure fecisset« die act. leg. Aquiliae gewährt; sie setzt also den Fall als möglich, daß der Aedil im Unrecht, der Tischler folgeweise im Recht war. Gleichwohl wäre es immerhin noch denkbar gewesen, daß der Tischler damit dem Käufer gegenüber eine culpa begangen hätte. Angenommen nun, das Hinausstellen hätte unter allen Umständen als culpa charakterisirt werden müssen, würde wohl der Verkäufer durch die mora accipiendi des Käufers schlechthin zu diesem Akt berechtigt worden sein? Gewiß nicht! Denn sonst könnte ja z. B. auch ein Glaswaaren-, ein Kunsthändler unter derselben Voraussetzung die gekauften Gläser und Kunstgegenstände, welche der Käufer nicht zur rechten Zeit abholen läßt, vor die Thüre setzen. Die Berechtigung zu diesem Akt hing vielmehr davon ab, ob der Tischler durch den Mangel an Raum in seiner Werkstätte dazu genöthigt war; geschah es ohne alle Nöthigung, lediglich aus Chikane, so haftet er trotz der mora des andern Theils. Entweder also enthält das Hinausstellen schlechthin eine culpa — dann erklärt es sich zwar, daß der Verkäufer vor der Tradition schlechthin dafür haftet, nicht aber, daß er in dem Fall, wenn die tradirten oder nicht tradirten Bettstellen

nicht rechtzeitig abgeholt werden, sie schlechthin preisgeben darf; IV. Jahrg. Bd. IV.
oder aber es liegt darin nicht schlechthin eine culpa — dann bleibt S. 417.
unerklärt, wie der Jurist ihn vor der Tradition unbedingt für die Folgen dieses Aktes verantwortlich machen kann.

Anstatt aber, sowie wir im Fall einer verkauften species es hätten erwarten dürfen, den Schwerpunkt der Entscheidung auf die culpa zu werfen, verlegt der Jurist ihn ausschließlich in die Tradition: „waren die Bettstellen tradirt, oder war die Tradition durch mora des Käufers verhindert, so trifft letzteren die Gefahr, widrigenfalls den Verkäufer". Einen derartigen entscheidenden Einfluß auf die Gefahrfrage übt aber die Tradition, wie oben gezeigt, nur bei der emtio generis aus; dürfen wir letztere hier supponiren, also annehmen, daß es sich bloß um bestellte Bettstellen handelte, so ist die Entscheidung des Juristen vollkommen gerechtfertigt. Ich bin nun der Ansicht, daß der Jurist Alfenus, aus dessen Digesta Paulus in seinen Epitomae Alfeni diesen Rechtsfall entnommen, denselben in dieser Weise referirt hatte, daß aber die species facti bei dem doppelten Excerpiren durch Paulus und Justinian's Compilatoren zu der Gestalt zusammengeschrumpft ist, in der sie uns in den Pandekten mitgetheilt wird. Diese Annahme wird unterstützt dadurch, daß der von Alfenus und nach ihm von Paulus im unmittelbaren Zusammenhang mit diesem Fall behandelte der »materia emta« (l. 14 § 1), wie oben nachgewiesen, ebenfalls die emtio generis betrifft. Trotzdem ist nicht zu läugnen, daß man vom Standpunkte der justinianischen Compilation aus den Worten, um sie in dieser Weise zu verstehen, Gewalt anthun muß, denn wenn auch „bestellte Bettstellen" lecti emti, so sind darum doch »lecti emti« noch nicht bestellte Bettstellen; allein wenn um diesen Preis eine Vereinigung dieser Stelle mit den sonstigen Quellenäußerungen gewonnen werden kann — eine Procedur, zu der Justinian
selbst uns autorisirt hat, und die bekanntlich nicht selten in viel S. 418.
gewaltsamerer Weise geübt wird — so glaube ich, wird der Preis nicht zu theuer sein.

IV. Jahrg. Bd. IV.

2) Die Lieferung.

Nach unseren obigen (S. 442 fl.) Ausführungen erfolgt die Verwandlung des genus in die species erst in und mit der Lieferung; Object des debere ist bis zum letzten Moment das genus, Object des solvere die species. Ob der Schuldner schon vor diesem entscheidenden Moment die species herstellt, abmißt, abzählt, abwägt, wie er es zu seiner oder des Käufers Bequemlichkeit immerhin thun kann und bei von ihm anzufertigenden Sachen stets muß, ist gleichgültig, denn juristisch liegt darin nichts als eine factische Vorbereitung der Leistung, die weder ihn bindet, gerade dieses Object zu leisten, noch den Gläubiger berechtigt, gerade dieses zu fordern, mithin auch nicht die Gefahr desselben auf ihn überträgt. Diese Vorbereitung der Lieferung, wie immerhin sie auch zu geschehen habe, ob durch körperliche Ausscheidung der bestellten Waare oder nicht, und Alles, was sonst noch zur Beschaffung derselben gehört, wie z. B. das Herbeischaffen der Sache an den Ort der verabredeten Leistung, das Verpacken u. s. w., bildet daher keinen Gegenstand unserer Betrachtung.

Die Lieferung besteht regelmäßig in der Tradition, und diese Form derselben haben sämmtliche Stellen über unsere Lehre im Auge, sowohl die, welche von tradere, als die, welche von adnumerare, admetiri, adpendere reden. Allein die Lieferung kann auch auf andere Weise erfolgen, die Begriffe von Tradition und Solution fallen keineswegs zusammen — ein Irrthum, der,
S. 419. wie nicht selten in theoretische Darstellungen, so auch in neueren Gesetzgebungen sich eingeschlichen hat. Ich habe mich gegen denselben schon bei einer andern Gelegenheit ausgesprochen [57]), und kann bei der vorliegenden nicht genug gegen ihn warnen, indem er gerade bei unserer Lehre einen besonders nachtheiligen Einfluß ausgeübt hat. Ist Tradition erforderlich, so wird der Verkäufer, welcher die bestellte Waare übersenden soll, mit der Absendung noch

57) Abhandlung IV S. 251 fl.

keineswegs frei, denn, insofern der Ueberbringer nicht der Man- IV. Jahrg. Bd. IV.
datar des Käufers ist, hat letzterer den Besitz der Waare erworben erst, wenn er die Waare selbst erhalten hat. Will man nun nicht, wie das ungarische Handelsrecht (S. 446), diese den Interessen des Verkehrs völlig widerstrebende Consequenz adoptiren, so bleibt, wenn man einmal Tradition zum Uebergang der Gefahr verlangt, nichts übrig, als dieselbe in die bloße Absendung zu setzen, wie es das preußische Landrecht (ebendaselbst) in der That gethan, und wie es im Widerspruch mit den unzweifelhaftesten Grundsätzen des römischen Rechts auch gemeinrechtliche Juristen gewollt haben, sei es geradezu oder mit der Wendung, die die Sache um nichts besser macht, daß nur für die Frage von der Gefahr die Waare als tradirt gelten solle (S. 437) — eine Tradition, die keinen Besitz überträgt!

Daß der Verkäufer leisten kann, ohne die verkaufte Sache, möge sie spezifisch oder generisch bestimmt sein, dem Käufer zu tradiren, wird wohl keiner Ausführung bedürfen. Wenn dieser ihm z. B. den Auftrag gibt, den gekauften Vogel fliegen zu lassen, die nicht abgeholten und inzwischen verdorbenen Seefische auf den Mist zu werfen, so wird doch Niemand darüber zweifeln, daß der Verkäufer, der dem Auftrage nachgekommen ist, damit frei wird. Und wodurch wird er frei? Doch offenbar nur durch Leistung; S. 420.
denn er hat ja Alles gethan, wozu er contractlich verpflichtet war[58]).

So kann nun auch in den Fällen, wo der Käufer den gekauften Gegenstand in die Hände zu bekommen wünscht, der Verkäufer bereits vor der Tradition frei werden. Denn wenn Letzterer z. B. beauftragt ist, die gekaufte Schiffsladung Sand selbst in dem Fall, daß der Käufer an dem bestimmten Tage ausbleiben sollte, an einem angegebenen Ladeplatze auszuladen, so erfüllt er mittelst des Abladens, obschon der Käufer hier den Besitz nicht

58) Ueber die Leistung durch Ausgießen, die im Fall der mora accipiendi dem Käufer verstattet war, s. unten 3. (S. 485 ff.)

IV. Jahrg. Bd. IV. zugleich erhält. Ist das Verhältniß aber wohl ein anderes, wenn der Käufer, welcher die Waare hätte abholen sollen und daran verhindert worden ist, dem Verkäufer aufgibt, sie ihm durch die Post, Eisenbahn u. s. w. zu übersenden? Hat der Verkäufer hier, wenn er wirklich absendet, weniger gethan, als in den obigen Fällen? Wie dort durch Wegwerfen, Abladen u. s. w., so leistet er hier durch Absenden.

Ist demnach für den Begriff der solutio nicht die Tradition das Entscheidende, sondern der Umstand, daß der Verkäufer Alles, was und wie es ihm (sei es nach dem ursprünglichen Contracte oder nach späterer Vereinbarung) oblag, gethan hat, so bestimmt sich der Zeitpunkt, wann bei der emtio generis die Gefahr auf den Käufer übergeht, darnach, wann man vom Käufer behaupten kann, daß er Alles gethan hat, was er sollte. Je nach Verschiedenheit der Fälle ist dies, wie früher bemerkt, der Moment des Abholens, Bringens, Absendens. Die beiden ersten Formen der Erfüllung treffen darin zusammen, daß bei ihnen die Waare wirklich dem Käufer tradirt wird, beim Abholen geschieht die Tradition beim Verkäufer, beim Bringen beim Käufer, in
S. 421. dem dritten Fall tritt die Absendung an deren Stelle; die erste Form beruht auf gesetzlicher Vorschrift, die beiden letztern auf Vereinbarung der Parteien. Diese letztere Behauptung bedarf, bevor wir weiter gehen, einer Begründung.

Wenn nichts Anderes ausgemacht ist, so hat der Käufer die generisch bestimmte Sache beim Verkäufer in Empfang zu nehmen [59]), er hat sie zu holen. Durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung kann aber auch ein anderer Ort aus-

---

59) Thöl a. a. O. § 78. Für das römische Recht ergibt sich dies aus den Stellen, welche das admetiri des Weins in den Keller des Verkäufers verlegen und dem Käufer die Pflicht auferlegen, zu dem Akt dort zu erscheinen (tollere vinum), s. den Titel de periculo (18. 6), namentlich l. 1—4. Zu dem von Thöl citirten Entwurf des würtemberg. Handelsrechts ist inzwischen der des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches Art. 302, 319 (jetzt H. G. B. Art. 324, 342) hinzugekommen.

gemacht werden, wo der Käufer die Sache in Empfang nehmen IV. Jahrg. Bd. IV.
soll, sei es der, wo das genus sich befindet, z. B. die 10 Klafter Holz im Walde, sei es ein Ort, an den der Verkäufer sie erst hinbringen soll, z. B. die Eisenbahnstation, an der der Käufer sie verladen will, oder das Schiff im Hafen („frei an Bord") — eine Combination von Bringen und Holen. Die Lieferung ist beschafft mit der Tradition; daß ein während dieses Aktes sich ereignender Zufall noch den Verkäufer trifft, wird ebenso überflüssig sein zu bemerken, als daß die einmal beschaffte Tradition dadurch nicht wieder aufgehoben wird, daß der Käufer die angenommene contractmäßige (annehmbare) Waare hinterher nicht mitnehmen will oder im Einverständniß mit dem Beklagten sie bei ihm zurückläßt[60]. Die Annahme einer nicht annehmbaren Waare begründet, wenn sie aus Versehen geschieht, keine solutio, die Gefahr dieser species, welche gar nicht Gegenstand der Obligation war, geht auf S. 422.
den Käufer über; geschieht sie wissentlich, so ist die solutio bewerkstelligt (res pro re solvi potest).

Es ist zwar bereits bemerkt, daß ein vom Verkäufer vor der Lieferung bewerkstelligtes Ausscheiden der species die Gefahr nicht auf den Käufer überträgt; ich halte es jedoch für nöthig, dies noch mit besonderer Beziehung auf den Fall des Holens einzuschärfen. Ein Kunde bestellt bei einem Tuchhändler nach der ihm übersandten Musterkarte 3 Ellen Tuch, welche der Schneider gegen Abend abholen werde; der Verkäufer mißt die 3 Ellen vorher ab und wickelt sie in ein Packet, welches bei einem ausgebrochenen Brande ein Opfer der Flammen wird. Wen trifft der Schaden? Den Verkäufer, denn zu leisten und folglich auszuscheiden hatte er erst am Abend.

Ich wende mich jetzt dem Fall des Bringens zu. Das Bringen faßt die Verpflichtung in sich, die Sache durch sich selbst oder durch Andere an den Ort zu schaffen, wo sie der Kläger in Empfang nehmen will: sein Haus, den Ort, wo er sich augenblicklich aufhält

60) l. 14 § 1 de peric. cit. (18. 6).

IV. Jahrg. Bd. IV. (z. B. der Gast im Wirthszimmer) oder einen beliebigen dritten Ort. Der Käufer kann diesen Ort nicht ohne Zustimmung des Verkäufers zu dessen Nachtheil verändern, woraus sich ergibt, daß, wenn er seinen Wohnort wechselt, letzterer darunter nicht zu leiden hat, d. h. die Zumuthung, die Sache auf eigne Gefahr und Kosten an den entfernteren oder für ihn aus irgend einem Grunde minder bequemen Ort zu bringen, ablehnen darf, nicht aber schlechthin die, sie an einen andern als den ursprünglich bestimmten zu schaffen, sei es an einen nähern auf eigne Gefahr und
S. 423. Kosten [61]), sei es an einen entferntern auf Gefahr und Kosten des Käufers [62]). Das Gegentheil wäre eine reine Chikane, und würde consequent dahin führen, daß auch bei einem Umzug des Käufers in derselben Stadt der Verkäufer die Waare in die neue Wohnung des Käufers zu bringen nicht verpflichtet wäre.

Der Verkäufer hat die Verpflichtung zum Bringen nur dann, wenn er sie übernommen hat, was im Leben in sehr vielen Verhältnissen als Intention der Parteien anzunehmen ist. Ob der Gast im Wirthshause eine Flasche Wein mit den Worten: „bringen Sie mir" oder „ich wünsche" bestellt, ist gleichgültig; er will sie da haben, wo er sitzt. Ob die Hausfrau, welche gewohnt ist, daß die Personen, von denen sie Milch, Fleisch und Brot u. s. w. bezieht, ihr dieselben ins Haus bringen, im einzelnen Fall den Ausdruck „bringen, liefern, schicken, besorgen" u. s. w., oder „ich bestelle" gebraucht, ist ohne Bedeutung; beide Theile wissen, daß die Waare gebracht werden soll. Der Ausdruck: schicken, senden hat also in diesen und ähnlichen Verhältnissen des gewöhnlichen, außer-

61) So müssen die Parteien, die auf Rom compromittirt haben, sich auch einen Ort in der Nähe gefallen lassen, si facile eo loci venire possint l. 10 § 21 de recept. (1. 8); siehe auch l. 20 § 4, l. 21 de oper. lit. (38. 1). Jene Veränderung des Zahlungsortes enthält keine Veränderung des Inhalts der Obligation, sondern des bloßen Erfüllungsmodus; Consequenzen des Gesichtspunkts s. in l. 15 de comp. (16. 2), l. 5 pr. Commod. (13. 6) und dem Titel 13. 4 de eo quod certo loco.

62) S. die Stellen im Titel de eo quod certo loco (13. 4) und l. 12 § 1 Depos. (16. 3), l. 4 § 5 de edendo (2. 13), l. 11 § 1 ad exhib. (10. 4).

kaufmännischen Lebens nicht die Bedeutung, die wir ihm unten in IV. Jahrg. Bd. IV.
seiner Anwendung auf einen auswärts wohnenden Verkäufer beilegen werden. Der Fleischer, Bäcker, Conditor, Weinhändler, Apotheker, Buchhändler und auch der Kaufmann am Ort, wenn er sich dazu versteht, schickt nicht, sondern er bringt, einerlei, ob er das Bringen selbst oder durch seine Leute vornehmen läßt, in diesem Sinne also die Sache schickt, m. a. W. er soll liefern S. 424.
beim Besteller, die Gefahr des Wegs trifft ihn. Der auswärtige Weinhändler, Kaufmann, Buchhändler u. s. w. pflegt aber nicht zu bringen, d. h. den Transport auf eigne Rechnung und Gefahr zu übernehmen; bei ihm streitet die Präsumtion für das Schicken.

Da nun die Bestellung von anzufertigenden Gegenständen ebenfalls unter den Gesichtspunkt der emtio generis fällt (S. 468), so folgt daraus, daß das eben Gesagte auch auf sie Anwendung erleidet. Der Handwerker am Ort, der Tischler, Schneider, Schuster u. s. w., pflegt sein Machwerk zu überbringen; wenn nichts ausgemacht ist, kann der Besteller verlangen, daß der Rock, die Stiefeln u. s. w. ihm ins Haus geliefert werden, jene Personen tragen also die Gefahr des Weges. Dagegen der auswärtige Handwerker schickt, wenn nichts Anderes ausgemacht; Kosten und Gefahr der Uebersendung trägt der Besteller.

Das Bringen ist bewerkstelligt mit der Tradition. Es genügt also nicht, daß die Sache zum Besteller, sondern sie muß dem Besteller gebracht werden. Zu dem Zweck ist eine persönliche Abgabe an ihn oder seine Leute nicht nöthig; es genügt, daß die Sache mit seinem Willen und Wissen in seinem Hof, Garten abgeladen, in seinem Haus niedergelegt wird. Ein Zufall, der während des Abladens, Zuwägens, Zuzählens, Zumessens geschieht, geht noch auf Gefahr des Lieferers; eine Annahme ohne Zuwägen u. s. w. enthält Lieferung, auch hier aber wieder unter der obigen Voraussetzung (S. 474), daß die species contractmäßig war; verweigerte Annahme der annehmbaren Waare begründet mora accipiendi. Ist die Ablieferung erfolgt, so geschieht alles Andere, was der Ver-

IV. Jahrg. Bd. IV. käufer auf Wunsch des Käufers fortan noch mit der Sache vornimmt, z. B. wenn er den Korb mit Weinflaschen, das Faß mit
S. 425. Oel in den Keller schafft, auf Gefahr des Käufers.

Im gewöhnlichen Leben kömmt es täglich vor, daß die für die Dienstherrschaft bestimmten Sachen an die Dienstleute abgegeben werden. Die Köchin nimmt die von der Hausfrau bestellten Lebensmittel in Empfang, der Bediente die Kleider, Stiefeln, Bücherpackete für seinen Herrn, ohne daß ein spezieller Auftrag vorausgegangen wäre. Darf man hier sagen: es ist nicht der Herrschaft, folglich gar nicht geliefert? Dann müßte die Bäuerin, welche des Morgens in der Frühe die Milch bringt, die Hausfrau wecken, der Schusterjunge mit seinen Stiefeln den Herrn von dem Spieltisch rufen lassen. Und wie, wenn er mehrere Male vergebens den Versuch gemacht, sie ihm selber zu übergeben, ihn aber nicht zu Hause getroffen hat? Eben diese Frage leitet uns auf den Gesichtspunkt, der hier entscheidet. Der Verkäufer, der dem Käufer die Sache bringen soll, hat Alles gethan, was ihm contractlich obliegt, wenn er sich zur passenden Zeit mit der Sache zu ihm ins Haus verfügt; findet er ihn selbst nicht vor oder, was dasselbe, ist letzterer durch Krankheit, geschäftliche oder gesellige Abhaltung verhindert, die Waare in Empfang zu nehmen, oder schließt dessen Rang, Lebensstellung eine darauf gerichtete Zumuthung aus, so hat der Schuldner nicht nöthig, die Sache wieder mit nach Hause zu nehmen, vielmehr darf er sie an das Gesinde abgeben. Denn der Besteller hätte für derartige Fälle seine Anordnungen treffen müssen, und wenn er unmittelbare Ablieferung an sich selber verlangte, den Schuldner und seine Leute davon in Kenntniß setzen müssen, jener darf diese für ermächtigt halten, die Sache in Empfang zu nehmen. Nur bei solchen Gegenständen wird diese Annahme ausgeschlossen sein, die man vermöge ihres Werths den Dienstboten nicht anzuvertrauen pflegt; der Goldschmied mit dem bestellten kostbaren Schmuck wird, wenn er die Bestellerin oder
S. 426. ihren Mann nicht zu Hause trifft, den Weg zum zweiten Male machen müssen, und dasselbe wird bei Geldzahlungen der Schuldner

zu thun haben, auch wenn sein Gläubiger noch so vornehm ist; IV. Jahrg. Bd. IV.
zahlt er das Geld dem Bedienten, so thut er es auf eigne Gefahr.

Ich wende mich jetzt dem Fall des Schickens zu. Wenn der Besteller dem auswärtigen Verkäufer aufträgt, ihm die Sache zu „schicken," so kann er damit gemeint haben, entweder: den Erfolg des Schickens, d. h. daß jener sie ihm ins Haus liefere, also in meiner Sprache: daß er sie ihm bringe, oder aber: das, was letzterer bei der Uebersendung zu thun hat, das Abschicken. Für die erstere dem Verkäufer ungünstigere Deutung des Ausdrucks könnte man sich auf l. 39 de pact. (2. 14) berufen:

> veteribus placuit pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius scribere,

allein, da in unserem Fall der Käufer es ist, welcher den zweideutigen Ausdruck gebraucht, so kehrt sich umgekehrt diese Regel gegen ihn. Aber jene Deutung ist, wie ich meine, sprachlich nicht ganz richtig, denn Schicken, Senden heißt Machen, daß ein Anderer die Sache überbringt; dies ist bewirkt, sowie man ihm die Sache übergeben hat. Für den kaufmännischen Verkehr steht dieser Sinn des Ausdrucks als Thatsache fest, der Kaufmann schickt stets „auf Ihre Gefahr und Rechnung", und, obschon diese einseitig gebrauchte Phrase für sich allein keinen Werth haben würde, so entnimmt man daraus doch, wie der Kaufmann sich das „Schicken" denkt.

Und wie könnte der Handel auch anders bestehen, als indem das Schicken, welches der Kaufmann übernimmt, von beiden Seiten in diesem Sinne gemeint sein soll? Im entgegengesetzten Falle würde der Geschäftsverkehr in unglaublicher Weise dadurch erschwert werden. Ein Weinhändler z. B. müßte für jeden aus- S. 427.
wärtigen Ort einen besonderen Preiscourant entwerfen, denn der auswärtige Kunde muß ihm, wenn er selbst den Transport auf eigene Rechnung und Gefahr tragen soll, in dem Preise für den Wein zugleich die Transportkosten und die Assekuranzprämie

IV. Jahrg. Bd. IV. bezahlen, der Petersburger einen anderen Preis, als der Hamburger, letzterer einen anderen, als der Frankfurter u. s. w. Oder aber es müßte in jedem Falle eine besondere Correspondenz über den nothwendigen Preiszuschlag auf die Waare eröffnet werden. Alle diese Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten werden einfach dadurch abgeschnitten, daß der Preiscourant für alle Orte und Personen gleich, nämlich auf den Wohnort des Verkäufers lautet; durch die Entfernung des Wohnortes des Bestellers wird der Verkäufer im mindesten nicht berührt, das „Schicken" in unserem Sinne macht diesen Umstand zu einem für den Verkehr völlig gleichgültigen.

Nicht aber der Ausdruck Schicken ist das entscheidende Moment, sondern der wirkliche Wille des Contrahenten. So wenig wie in den obigen Fällen (S. 476) der Gebrauch des Ausdrucks, so wenig ist in diesem Verhältniß der unterlassene Gebrauch des Ausdrucks maßgebend. Der Kunde, der von dem auswärtigen Kaufmann Cigarren verschreibt, will, wenn er sich eines anderen Ausdruckes, als „schicken", z. B. „ich bestelle", bedient, weder, daß letzterer sie ihm bringen, noch daß er sie bei ihm holen soll, sondern er will, daß er sie ihm schickt, zur Post oder zur Eisenbahn gibt.

So wenigstens in diesem Falle. Dagegen läßt es sich nicht als absolute Regel aufstellen, daß der abwesende Verkäufer stets zum Schicken verpflichtet sei. Allerdings würde dadurch der Lieferungsort nicht zu seinen Ungunsten verändert — denn auch wer schickt, liefert bei sich — wohl aber würde damit der Liefe-
S. 428. rungsmodus ein anderer und lästigerer werden, als im Falle des Holens. Wird die Waare bei ihm geholt, wie es geschehen muß, wenn nichts Anderes ausgemacht, so hat er sich um Nichts zu kümmern, als um das Abmessen; statt dessen soll er sie einpacken, zur Post besorgen, Nachricht geben u. s. w. Man kann ganz einfach die Probe machen an dem Falle, wenn ausdrücklich festgesetzt wird, daß der Käufer die Waare abholen lassen sollte, und letzterer, durch irgend einen Umstand daran verhindert, jetzt

dem Verkäufer aufgibt, sie ihm zuzusenden. Braucht letzterer IV. Jahrg. Bd. IV. sich dies gefallen zu lassen? Soll z. B. der Holzhändler dafür sorgen, wie und wo er Fuhrwerke für die bestellten Balken und Bretter bekömmt? der Kunsthändler die zerbrechlichen Kunstgegenstände einpacken und sich dadurch einer Gefahr aussetzen, für die er von vornherein nicht einzustehen hatte? der Fabrikant für den Transport der Locomotive und Waggons sorgen? Kurz, das Schicken involvirt unter Umständen eine Reihe von so zeitraubenden, lästigen Geschäften, daß man den Verkäufer nicht wider seinen Willen dazu nöthigen kann, und daß der Käufer, um es rechtlich zu beanspruchen, auf eine ausdrückliche oder stillschweigende, aus der Art und den Umständen der Bestellung, der Waare und der Personen zu folgernde Uebernahme desselben von Seiten des Verkäufers sich stützen zu können in der Lage sein muß.

Kurzum, das Schicken muß ausbedungen worden sein, gesetzlich geht der Kaufcontract nur auf Holen.

Untersuchen wir jetzt, mit welchem Moment die Gefahr beim Schicken auf den Käufer übergeht. Es bieten sich zwei Momente dar, zwischen denen man wählen kann: der, wo der Verkäufer mit den Handlungen, die zum Zweck des Absendens erforderlich sind, **beginnt**, und der, wo er mit ihnen zu **Ende** gekommen ist. Jener Moment würde sich unmittelbar an den anschließen, mit dem er im Falle des Holens frei geworden wäre, dem des Ab- S. 429. messens u. s. w.; Alles, was er jetzt noch vornimmt, z. B. das Einpacken, Signiren der Waare, das Aufladen, um sie nach der Eisenbahn zu schaffen, die Besorgung derselben zur Post u. s. w., verrichtet er, um die Waare zu **schicken**, und es fehlt nicht an Scheingründen, um die Gefahr dieses ganzen Stadiums, in dem das Schicken theils vorbereitet, theils vollzogen wird, dem Käufer zuzuweisen. Es möchten sich etwa folgende vorbringen lassen.

Erster Grund: Beim Holen würde der Verkäufer schon mit dem **Abmessen** frei geworden sein, folglich auch beim Schicken.

Allein die Verpflichtung und der äußere Hergang beim Holen

IV. Jahrg. Bd. IV. ist durchaus nicht maßgebend für das Schicken, sonst müßte er es auch für das Bringen sein, d. h. auch letzteres würde vom Moment der Abmessung an auf Gefahr des Käufers gehen. Allein wie beim Bringen, so kann der Verkäufer sich auch beim Schicken zu einem Mehreren verpflichten, als wozu er im Falle des Holens verbunden gewesen wäre.

Zweiter Grund: Das Schicken nimmt der Verkäufer, weil im Auftrag des Käufers, als dessen Mandatar vor, folglich auch auf dessen Gefahr.

Der Vordersatz ist unrichtig. Denn möge der Verkäufer diesen Auftrag sofort bei Constituirung der Obligation oder erst späterhin sich haben gefallen lassen, derselbe bildet ein integrirendes Moment seiner Gesammtverpflichtung als Verkäufer, es ist die obligatio ex vendito in Richtung auf den Lieferungsmodus, und der Verkäufer kann sich daher dieser Verpflichtung späterhin gar nicht mehr entziehen, während er als Mandatar, jedenfalls unter gewissen Voraussetzungen, das Mandat kündigen darf. Indem er einpackt, auflädet u. s. w., bereitet er die ihm obliegende Leistung vor, welche erst mit der vollzogenen Absendung
S. 430. beendet ist. Ein Zufall, der die Waare während dieser Zeit trifft, fällt juristisch unter denselben Gesichtspunkt, unter dem beim Holen und Bringen der während der Ablieferung an den Käufer sich ereignende Casus aufzufassen ist; der Akt der Leistung war noch nicht vollzogen, Alles, was vor diesem Zeitpunkt sich ereignet, ist für den Käufer gleichgültig.

Dritter Grund: Der Verkäufer kann, wo das Verpacken mit Unkosten verbunden ist, dieselben vom Käufer ersetzt verlangen; geht aber dieser Akt auf Rechnung, so wird er auch auf Gefahr des Käufers gehen.

Ebenfalls ein Fehlschuß. Kosten und Gefahr fallen durchaus nicht nothwendig zusammen[63]. Dem Verkäufer, welcher

63) Uebereinstimmend hiermit der Art. 322 des Entwurfs des deutschen Handelsgesetzbuchs (jetzt H. G. B. Art. 345): „Daraus, daß der Verkäufer die Zahlung von Kosten oder Auslagen der Versendung übernommen hat,

bringt, kann für das Bringen eine besondere Vergütung in IV. Jahrg. Bd. IV.
Aussicht gestellt sein, und umgekehrt der, welcher schickt, kann sich anheischig gemacht haben, die Kosten des Transportes zu übernehmen, ohne auch für die Gefahr zu stehen, was im Zweifel, wenn der Vertrag bloß auf »franco an einen Ort" lautet, anzunehmen sein möchte. Wie wenig jener Gesichtspunkt des Kostenersatzes hier der maßgebende sein kann, ergibt sich klar daraus, daß, wenn er es wäre, die Akte, für die der Verkäufer die (wenn auch noch so unbedeutenden) Unkosten zu tragen hat, auf seine Gefahr gehen würden, so z. B. das Signiren der Kisten, das Hinausschaffen derselben aus dem Speicher auf den Frachtwagen, dagegen der Akt der Verpackung, dessen Kosten der Käufer zu tragen, auf Gefahr des Letzteren, so daß also der Verkäufer nichts Besseres thun könnte, als die Verpackung stets so einzurichten, S. 431.
daß sie mit Auslagen für ihn verknüpft wäre. Das Resultat würde ein höchst klägliches sein. In Fällen, wo die Verpackung keine Auslagen verursachte, würde die ganze Absendung auf Gefahr des Verkäufers gehen, in anderen Fällen entweder ganz auf Gefahr des Käufers oder bloß dieser einzelne Akt, die folgenden wiederum auf Gefahr des Verkäufers!

Für die Ansicht, den Beginn des Stadiums der Absendung zum Normalpunkt der Gefahr zu machen, lassen sich also in der That keine irgendwie haltbaren Gründe anführen, wohl aber umgekehrt gewichtige gegen sie. Zunächst der sprachliche, daß man von Jemandem, der ein „Schicken" übernommen hat, erst dann behaupten kann, daß er es vollzogen, wenn er die Sache abgeschickt hat. Sodann und vor Allem aber der praktische, daß die Gefahrfrage in einer Weise regulirt sein würde, wie man sie kaum schlechter denken könnte. Der Moment der Absendung ist ein ganz bestimmter, scharf begrenzter, die Waare geht in andere Hände über, dritte Personen concurriren beim Akt,

---

folgt für sich allein noch nicht, daß der Ort, wohin der Transport geschieht, für den Verkäufer als Ort der Erfüllung gilt."

IV. Jahrg. Bd. IV. dagegen ist der Moment, wann der Verkäufer bei sich das admetiri u. s. w. vorgenommen hat, und mit dem folgeweise das Stadium der Absendung beginnen würde, ein höchst schwankender, oft kaum zu constatiren; dies ganze Stadium bis zur Absendung spielt im Hause des Verkäufers, dritte Personen brauchen dabei gar nicht zu concurriren. Hat der Cigarrenhändler, indem er 4 Cigarrenkisten zurückstellt, um sie dem A zu schicken, bereits das adnumerare, das Ausscheiden vorgenommen? Beginnt das Packen, wenn er die dazu nöthige Packleinwand herbeiholt? Doch ich brauche dies gar nicht weiter zu verfolgen, Jeder sieht, daß man auf diesem Wege sofort in einen casuistischen Sumpf geräth, S. 432. und eine Theorie, die dahin führt, ist für das Leben unmöglich und muß von einem verkehrten Ausgangspunkte ausgegangen sein.

So bleibt also nur die vollendete Absendung als einzig denkbarer Moment übrig; denn ein in der Mitte liegender Punkt ist wenigstens vom Standpunkt meiner Theorie aus völlig unmöglich.

Wann ist die Absendung vollendet? Erst dann, wenn der Verkäufer sie der Person oder Anstalt überliefert hat, welche den Transport besorgen soll[64]). Nicht also schon, wenn der Ausläufer mit dem Packete aus dem Hause geht oder unterwegs ist, denn die Besorgung zur Post gehört noch zur Verpflichtung des Verkäufers; wohl aber schon dann, wenn er dem Frachtfuhrmann die Fässer übergeben hat, und letzterer beim Aufladen sie fallen läßt. Wie aber, wenn die Waare erst durch Fuhrwerk auf die Eisenbahn geschafft werden muß? Besorgt dies ein Dritter, so hat der Verkäufer die Waare wiederum in andere Hände gegeben, die Versendung hat bereits begonnen. Allein wie, wenn er selbst durch eigenes Fuhrwerk dies besorgen läßt? Ich bin darüber zweifelhaft und bescheide mich gern, mich zu irren, allein ich würde auch hier dem Käufer die Gefahr zuweisen, denn der Verkäufer

---

64) So fast wörtlich das französische Recht und der Entwurf des deutschen Handelsgesetzbuchs (jetzt H. G. B.). S. oben S. 446.

ist zu diesem Akt nicht selbst verpflichtet, und nimmt er statt IV. Jahrg. Bd. IV.
fremder Pferde seine eigenen, um selbst das Fuhrlohn zu verdienen, so ist das so gut, als hätte er sein eigenes Fuhrwerk gemiethet. Aus demselben Grunde würde ich daher ebenso entscheiden, wenn der Verkäufer mit eigenem Fuhrwerk den ganzen Transport bis zum Käufer besorgt hätte; das ihm aufgetragene „Schicken" wird juristisch dadurch nicht zum Bringen, daß die ihm anheimgestellte Wahl der Person, welche die Waare überbringen soll, auf ihn S. 433.
selber fällt. Wie im Uebrigen der Verkäufer, wenn ihm diese Wahl freigestellt ist, dabei zu verfahren hat, geht über die Grenzen meiner Aufgabe hinaus.

3) Einfluß der mora accipiendi auf die Gefahr.

Der allgemeine Satz, daß die Mora die Gefahr auf den säumigen Theil überträgt, gilt auch für unser Verhältniß, er nimmt hier jedoch eine eigenthümliche Gestalt an, die eine genauere Darstellung nöthig macht. Der Zufall kann hier nämlich sowohl das genus, als die species treffen.

1) Untergang des genus.

Daß derselbe möglich, ist oben (Note 51) bereits bemerkt; mit dem Stückfaß Wein geht das genus unter, aus dem das Ohm Wein geliefert werden sollte[65]), es ist folglich eine casuelle Unmöglichkeit der Leistung eingetreten, die, wie sie den Verkäufer stets von seiner Verpflichtung befreit, so ihm im Fall der mora des Käufers einen Anspruch auf den Kaufpreis gibt, weil, wenn nicht durch diese mora die Abmessung unterblieben wäre, der Verkäufer durch Leistung diesen Anspruch erworben haben würde.

Das römische Recht erkennt diese durch die Natur der Sache

65) War dagegen bloß schlechthin ein Ohm Wein verkauft, welches immerhin der Verkäufer die Absicht haben mochte aus seinen Weinvorräthen zu liefern, und letztere gehen sämmtlich unter, so trifft den Käufer der Schaden auch im Fall der mora accipiendi nicht, denn das genus war hier nicht der Wein des Verkäufers, sondern Wein überhaupt. l. 30 § 5 ad leg. Falc. (35. 2).

IV. Jahrg. Bd. IV. gebotene Consequenz ausdrücklich an[66]), erblickt also in der zur
S. 434. Zeit noch nicht bewerkstelligten Ausscheidung der species kein Hinderniß des casus. Allerdings hätte der Verkäufer im Fall der mora die Ausscheidung vornehmen[67]) und damit die Gefahr der dadurch hergestellten species ausschließlich dem Käufer zuweisen können (s. u.); allein diese Befugniß ist keine Pflicht.

Was nun vom totalen Untergang des genus, muß auch vom theilweisen gelten, und zwar in der Weise, daß der Käufer im Verhältniß seines Antheils zum Ganzen die Gefahr des letzteren zu tragen hat. Geht also die Hälfte des Stückfasses durch Casus unter, so reducirt sich sein Ohm auf ein halbes, und weder kann er dem entgegensetzen: es sei mit Nichts bewiesen, daß in dem ausgelaufenen Theile auch ein Theil seines Ohms enthalten gewesen, noch umgekehrt der Verkäufer, daß des Käufers ganzes Ohm darin gesteckt habe; es tritt also eine societas periculi ein, ähnlich wie wenn ihrer mehrere Personen in einem Stückfaß Wein jede ein Ohm hätten.

Die mora accipiendi und der Untergang des ganzen genus wird zwar regelmäßig nur bei der Obligation auf Holen eintreten allein möglich ist sie auch bei der auf Bringen und Schicken. Wenn z. B. der Wagen mit Braunkohlen, von dem der Käufer 5 Centner auf seinem Hofe abgemessen haben will, untergeht, nachdem letzterer in mora accipiendi versetzt war, so hat der Untergang auch hier wiederum das ganze genus getroffen; ebenso wenn das Stückfaß Wein, von dem der Verkäufer ein Ohm schicken sollte, während der mora des Käufers untergeht. Letztere
S. 435. liegt freilich nicht schon darin, daß der Käufer den ursprünglich bestimmten Termin der Absendung hinausschiebt, es kömmt

66) l. 5 de peric. (18. 6), l. 2 Cod. ibid. (4. 48).

67) Nach dem früheren jus strictum durfte er sogar den Wein nach vorheriger Ankündigung abmessen und auf die Straße schütten, wovon jedoch die neueren Juristen ihm abrathen l. 1 § 3, 4 de peric. (18. 6), l. 8 de tritico, vino (33. 6).

vielmehr darauf an, ob der Verkäufer sich dabei beruhigt hat oder IV. Jahrg. Bd. IV.
nicht. Im ersten Falle ist mit beiderseitigem Einverständniß der Termin der Lieferung hinausgeschoben. Wie aber, wenn letzterer sich darauf nicht einlassen will, vom Käufer aber die zu ertheilende Angabe über Zeit und Art der Absendung nicht erwirken kann? Soll er, um sich der Haftung für die Gefahr zu entziehen, trotzdem absenden? Daß er es darf, unterliegt keinem Zweifel, allein gewiß ist er dazu nicht verbunden. Ebensowenig kann aber das Ausscheiden zu diesem Zwecke von ihm verlangt werden. Denn wozu die bloße Ausscheidung, wenn nicht abgesandt wird? Etwa, um mit Rücksicht auf die Möglichkeit eines casus das Object zu individualisiren? Allein das Ohm des Käufers kann, wie wir gesehen haben, auch im Stückfaß untergehen. Und wie, wenn es gar nicht abgefüllt werden konnte, weil der Käufer das Faß, in das es gefüllt werden sollte, trotz mehrfacher Mahnung des Verkäufers nicht schickt? Gewiß war hier der Käufer in mora accipiendi, es liegt also kein Grund vor, warum ihn nicht auch hier die Gefahr des genus treffen sollte, er hätte es ja sonst in seiner Hand, die Haftung des Verkäufers für die Gefahr aufs Unbestimmte hinaus zu verlängern.

2) Untergang der species.

Die dem Käufer offerirte annehmbare species geht, wenn die Ablieferung durch dessen Schuld verhindert, er also in mora versetzt ist, so lange diese mora dauert, auf dessen Gefahr. Denn hätte Jener sie angenommen, so wäre der Verkäufer von der Gefahr frei geworden: non teneretur, si creditor accipere voluisset, wie die l. 72 pr. de solut. (46. 3) sagt.

In der letzteren Stelle wird die daran sich knüpfende S. 436.
Consequenz zwar nur in Bezug auf eine Geldzahlung ausgesprochen: das dem Gläubiger offerirte und von ihm ohne Grund zurückgewiesene Geld geht ihm unter, wenn der Schuldner es ohne seine Schuld verliert[68], allein es kann keinem Zweifel

68) Aehnlich l. 6 de doli exc. (44. 4), wo statt opera wohl mora zu

IV. Jahrg. Bd. IV. unterliegen, daß ganz dasselbe für alle Contractsverhältnisse gilt, bei denen es sich um Zahlung einer generisch bestimmten Sache handelt, so namentlich auch beim Kaufcontract, wie denn der Jurist selbst am Ende jener Stelle seine Regel auch auf den »servus in dote« (Note 44) anwendet, und die l. 84 § 3 de leg. I (30) eine gleichlautende Entscheidung über das legatum generis gibt. Der Umstand, daß die römischen Juristen in diesen Fällen den Schuldner nicht, wie bei dem Untergange einer versprochenen species, durch den casus ipso jure frei werden lassen, sondern ihm durch eine exceptio doli zu helfen für nöthig halten, ist ein abermaliges Argument für die Unrichtigkeit der Individualisirungstheorie. Denn der letzteren zufolge, welche die Möglichkeit statuirt, daß der generisch bestimmte Gegenstand sich noch vor der Leistung durch Ausscheidung in eine species verwandeln kann, müßte in diesem Falle die offerirte species nicht minder ipso jure dem Gläubiger untergehen, als ob sie von Anfang an Gegenstand des Vertrages gewesen wäre. Wenn nämlich schon in der in Abwesenheit des Käufers vorgenommenen
S. 437. Ausscheidung unter Hinzukommen der Benachrichtigung eine zweiseitige Ausscheidung und Individualisirung des Objects liegen soll, um wie viel mehr, wenn dieser Akt dem Gläubiger persönlich gegenüber vollzogen wird. Die exceptio doli der Römer ist ganz consequent und gewährt einen schlagenden Beweis für meine obige (S. 442) Behauptung, daß die obligatio generis von Anfang bis zu Ende auf ein genus geht. Denn der Legatar im Fall der l. 84 § 3 de leg. I cit., dem ein »homo« vermacht und der Stichus offerirt worden war, konnte, wenn er eine Klage erheben wollte, dieselbe nur auf den »homo«, nicht auf den „Stichus"

---

lesen sein dürfte. Ueber die l. 102 pr. de solut. (46. 3) vergl. Fr. Mommsen, Die Lehre von der Mora S. 300. In der l. 39 ibid. erfolgt in dem dort behandelten ersten Falle die Deposition des Geldes auf Gefahr des Gläubigers, si per eum stetit quominus in continenti probaretur, im zweiten Falle auf Gefahr des Schuldners, weil er die Deposition im Interesse seiner Sicherstellung vornimmt.

richten, der Einwand des Beklagten aber, daß der Kläger rücksichtlich IV. Jahrg. Bd. IV. des ihm offerirten und inzwischen verstorbenen Stichus in mora accipiendi gewesen sei, verhielt sich dieser Klage gegenüber nicht als directe Behauptung der Unmöglichkeit der Leistung, indem der »homo« immer noch geleistet werden konnte, auch wenn der Stichus untergegangen war. Nur bei dem Untergang des ganzen genus würde eine solche casuelle Unmöglichkeit der Leistung vorhanden sein, in unserem obigen Falle würde also in römischer Sprache ausgedrückt der casus den Verkäufer ipso jure befreien, in dem gegenwärtigen ope exceptionis.

Was zur mora accipiendi gehört, steht hier nicht zur Untersuchung, das einzige Erforderniß, welches wir hier zu betrachten haben, besteht in der gehörigen Individualisirung des Objects, und auch darüber ist wenig zu bemerken. Bei generisch bestimmten, erst anzufertigenden Sachen ist dazu die vollständige Herstellung derselben erforderlich; jenachdem sie gebracht, geholt oder geschickt werden sollen, durch Schuld des Bestellers dies aber unterblieben ist, geht die Gefahr auf ihn über. Bei allen anderen Sachen ist die Ausscheidung einer contractmäßigen species erforderlich, und je nach dem eben angegebenen Unterschiede genügt die bloße, im Namen des Käufers vorgenommene Ausscheidung S. 438. — so beim Holen und Schicken — oder ist noch die reelle Oblation, beziehungsweise die durch den anderen Theil verschuldete Verhinderung derselben nöthig. Mit der Aufhebung der species von Seiten des Verkäufers, z. B. dadurch, daß er das Ohm Wein in das Stückfaß zurückschüttet, hört natürlich die Möglichkeit des Unterganges der species auf, wodurch aber die ihres mittelbaren Unterganges im genus (Note 65) nicht ausgeschlossen ist; mit dem anderweitigen Verkauf derselben schwindet die Möglichkeit eines dem Verkäufer durch die mora des ersten Käufers im Fall des casus erwachsenden Schadens.

Indem ich hiermit meine Darstellung beende, will ich schließlich meine Theorie in gedrängter Form, wie sie etwa in einem Compendium Platz finden könnte, zusammenfassen:

IV. Jahrg. Bd. IV. Bei dem Verkauf generisch bestimmter Gegenstände, mag das genus, zu dem sie gehören, eng oder weit bestimmt sein, bereits existiren oder nicht, also auch bei erst anzufertigenden Sachen, geht die Gefahr auf den Käufer erst über mit der wirklich beschafften oder durch seine mora verhinderten Lieferung, die Lieferung aber geschieht bei dem Verkäufer (Holen), insofern nicht das Bringen oder Schicken ausdrücklich oder stillschweigend ausgemacht ist, die Ausscheidung ist dazu weder schlechthin erforderlich, noch ausreichend.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.